





DROIT CIVIL EXPLIQUÉ.

DES

DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMENTS,

OU

COMMENTAIRE DU TITRE II LIVRE III DU CODE NAPOLEON,

Par M. Troplong,

CHAMBRE PRÉSIDENT DE LA COUR DE CASSATION, MEMBRE DE L'INSTITUT, GRAND OFFICIER
DU SANC IMPÉRIEL DE LA LÉGISLATION NATIONALE

CETTE ÉDITION ANNOTÉE DE ARRÊTS BELGES,

EST AUTORISÉE POUR LA BELGIQUE ET L'ÉTRANGER, ELLE NE PEUT ÊTRE VENDUE EN FRANCE.

TOME SECOND

BRUXELLES

A. LARROQUE ET C^o, IMPRIMEURS.

117 RUE DE LA VIOLETTE, 36.

LEIPZIG

GOETZE ET MIERISCH.

Neudammstrasse, 14.



DROIT CIVIL EXPLIQUÉ.

DES

DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMENTS.



BRUXELLES

IMPRIMERIE DE A. LABROUE ET C^{ie},
36, rue de la Fourche.



DROIT CIVIL EXPLIQUÉ.

DES

DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMENTS,

OU

COMMENTAIRE DU TITRE II, LIVRE III DU CODE NAPOLÉON,

PAR M. TROPLONG,

PREMIER PRÉSIDENT DE LA COUR DE CASSATION, MEMBRE DE L'INSTITUT, GRAND OFFICIER DE L'ORDRE
IMPÉRIAL DE LA LÉGION D'HONNEUR.

CETTE ÉDITION, ANNOTÉE DES ARRÊTS BELGES,

EST AUTORISÉE POUR LA BELGIQUE ET L'ÉTRANGER, ELLE NE PEUT ÊTRE VENDUE EN FRANCE.

TOME SECOND.

BRUXELLES

CHEZ A. LABROÛE ET COMPAGNIE, IMPRIMEURS,

ROY DE LA FOIRÉ, 26.

—
1855

CODE NAPOLEON.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE II.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMENTS.

DÉCRÈTE LE 13 FLORÉAL AN XI (3 MAI 1803), PROMULGUÉ LE 23 FLORÉAL AN XI
(13 MAI 1803).

CHAPITRE CINQUIÈME.

DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES.

SECTION PREMIÈRE.

DES RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA FORME DES TESTAMENTS.

ARTICLE 967.

Toute personne pourra disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté [1].

SOMMAIRE.

1428. Doit-on considérer le testament comme dépendant du droit public, et le regarder comme un acte dont la forme est inaccessible au vulgaire ?
1429. Le testament, étant une conséquence du droit de propriété, appartient au droit naturel, et,

comme tel, il est protégé dans son exercice par des règles simples et accessibles à tous.

1430. A Rome, où la propriété était liée au droit public, la fiction du testament était de droit public.

[1] *Abb.* Lorsqu'un testateur *in extremis* communique à ses successeurs ses dispositions de dernière volonté à leur égard, rédigées par écrit, et dont ils promettent l'entière exécution, parce que le temps manque pour les consigner dans un acte public, il peut résulter d'une telle promesse, surtout si elle a été accomplie, une fin de non-

recevoir contre la demande en partage de la succession *ab intestat*, et en nullité de pareilles dispositions. Cette stipulation se renferme pas un pacte successoire prohibé par la loi. Br., 28 juillet 1817 (*Jurisp. de Belg.*, 1817, 2, 66).

1431. Comment ceci doit être entendu dans le droit français où le testament émane du droit naturel.
 1432. Toutefois, quant aux formalités, le droit de tester est soumis au droit civil.
 1433. Caractère de ces formalités protectrices. — Simplicité du testament olographe.
 1434. Complication des formalités des testaments dans la législation romaine. — Nécessité de l'institution d'héritier.
 1435. Différence du droit coutumier et du droit romain sur ce point.

1436. Explication et conséquence de la maxime : « Institution d'héritier n'a pas lieu. »
 1437. Autre conséquence.
 1438. Supériorité du droit coutumier sur le droit romain en cette matière.
 1439. La Code Napoléon a suivi la simplicité de l'ancien droit français et effacé toutes les distinctions admises en cette matière par la loi romaine.
 1440. Comme le droit coutumier, il a établi le principe de la réserve et de la saisine.

COMMENTAIRE.

1428. C'est une tradition fondée sur le droit romain, que les formalités du testament sont de droit public : *Testamenti factio*, disait Papien, *non privati, sed publici juris est* [1]. Cette maxime est répétée dans tous les livres [2].

C'est également une tradition qui nous vient du formalisme de Rome et qui s'est perpétuée, malgré les changements les plus profonds, à savoir, qu'un testament est un acte difficile, pour lequel le père de famille doit s'environner nécessairement des conseils des hommes de loi, pour se préserver des pièges de la loi [3]. Cujas fait remarquer, en effet, que chez les Romains les formalités des testaments étaient si minutieuses, que c'était à peine si on osait faire un acte de dernière volonté, sans consulter un jurisconsulte [4], et celui-là était un esprit fort qui, se mettant au-dessus des minuties sacramentelles, osait ne consulter que son bon sens et sa raison [5]. Les hommes de loi qui ont la confiance du public savent tous, par l'expérience de leur pratique journalière, que des personnes appartenant aux classes les plus élevées et les plus éclairées de la société s'adressent à eux pour leur demander des formules de testament, comme si la confection d'un tel acte était un arcane inaccessible aux profanes.

Ces deux idées ne doivent pas être acceptées sans réflexion. D'abord, il n'est pas vrai que le testament appartienne au droit public au même titre que chez les Romains; il est encore moins vrai que la forme des testaments soit inaccessible au vulgaire, qu'un guide exercé soit indispensable pour lui donner sa solennité légitime.

1429. En ce qui concerne la dépendance du testament du domaine du droit public, nous avons prouvé, ci-dessus, que les actes de dernière volonté sont une conséquence du droit de propriété; qu'ils découlent, par conséquent, du droit naturel et que la loi écrite ne saurait

en interdire l'usage, sans exercer une violence condamnable sur la liberté humaine.

Il est vrai que la loi civile peut et doit intervenir pour régler l'usage du droit de disposer à cause de mort, et prévenir les abus que l'homme en pourrait faire. Toute liberté a ses limites, et la liberté du propriétaire ne doit pas aller jusqu'à de pernicieuses exagérations. Mais, en contenant le droit de disposer à cause de mort, la loi civile a pour devoir essentiel de le respecter dans ce qu'il a de raisonnable et de conforme à l'équité; sinon, elle tomberait dans le genre de tyrannie qui fait le plus détester les gouvernements.

Un des points sur lesquels l'intervention régulatrice de la loi civile est le plus nécessaire, c'est la forme des testaments. Il faut des règles précises pour que la volonté des mourants se montre avec certitude et qu'on n'abuse pas de leur faiblesse; mais il faut que ces règles soient simples, claires, accessibles à tous. L'équité se révolterait contre des formalités minutieuses, inspirées par un esprit d'hostilité et non par un esprit de protection. Un droit sacré dans son essence, comme l'est le droit de propriété, doit être traité favorablement dans son exercice : il ne doit pas être environné d'embûches.

1430. Chez les Romains, le droit était dominé par des points de vue différents. La propriété était liée au droit public d'une manière très-étroite. Le père de famille dépendait de l'État à cause de ses biens, qui avaient été dans l'origine une concession, à cause des distinctions de naissance nécessaires à la forme du gouvernement, à cause des sacrifices dont la conservation dans les *gentes* importait à la chose publique [6], à cause du pouvoir paternel et marital qui, par sa grande étendue, était autant politique que domestique. Dans cet ordre d'idées, la transmission de l'hérédité était un événement

[1] L. 3, D., *Qui testam. facere possunt* (Papin., *Quæst.*, lib. 14).

[2] *Colna*, comm. 2, § 104.

[3] *Suprà*, n° 85.

[4] Sur la Dig., *Qui testam. facere possunt*, d'après

la loi *Lucius*, 86, § ult., D., *De legat.*, 2°. *Vid. infrà*, n° 1439.

[5] Loi précitée, 86, § ult., D., *De legat.*, 2°.

[6] *Cicéron*, *Pro domo*, 13. *De legibus*, 2, 9. Loi des Douze Tables : « *Sacra privata, perpetua momento.* »

d'ordre public qui, entre tous les autres, tenait en éveil au plus haut degré l'attention du législateur. La loi civile, préoccupée des intérêts de l'État bien plus que des sentiments de la nature, l'avait réglée dans un esprit aristocratique. On peut consulter la loi des Douze Tables [1]. Son système de succession *ab intestat* est inspiré tout entier par l'esprit de conservation, propre surtout à l'aristocratie; elle veut conserver dans la famille et dans les *gentes*, les noms, les souvenirs, les biens, les distinctions, les sacrifices et les rites paternels [2]; les sacrifices, en particulier, que Cicéron reprochait à Clodius d'avoir laissé perdre en se faisant adopter par un plébéien [3]. Ces sacrifices étaient attachés à l'hérédité [4], d'après le droit pontifical [5]; ils en formaient une charge nécessaire, quelquefois onéreuse [6], mais toujours chère aux familles illustres, et qui entretenait dans leur sein les signes caractéristiques de leur origine, les distinctions dont elles étaient fières, le culte des ancêtres, la piété envers les dieux [7].

Il importait donc que la pensée de la loi successorale ne fût pas altérée par les caprices ou l'imprévoyance du père de famille, et que le testament ne servît pas de moyen pour affaiblir les précautions de la politique, pour confondre les ordres, mêler les familles, profaner ou mettre en oubli les sacrifices domestiques. De là cette règle, qu'un testament étant une dérogation à la loi des successions *ab intestat*, ne pouvait avoir d'effet que s'il était lui-même en forme de loi [8]. C'est pourquoi le père de famille venait devant le peuple assemblé dans les comices par curies, il prononçait à haute voix le nom de celui qu'il voulait faire son héritier, et le peuple ratifiait sa volonté par ses suffrages [9]. C'est de la même manière que se faisaient les adoptions [10], parce qu'elles avaient pour but de modifier l'état des familles.

Telle est l'origine du principe du droit romain, d'après lequel la faction du testament est de droit public. Ce principe reposait sur des bases tellement profondes, qu'il s'est perpétué jusque dans les derniers temps; et lors même que la constitution politique et religieuse de Rome fut

changée, bien longtemps après qu'on eût cessé de donner au testament la forme d'une loi, ou répéta, par une habitude invétérée, qu'il était de droit public.

1431. En France, ce langage manque de vérité; il n'a d'application exacte, ni à notre ancien droit coutumier, ni à notre droit moderne qui en est l'émanation et la continuation. Les droits de famille et de propriété découlent chez nous du droit naturel; ils ne sont pas une concession de l'État; ils ne doivent pas leur organisation aux conceptions arbitraires de telle ou telle forme politique. La personne qui dispose de son hérité au profit de ses successeurs n'use pas d'une faveur et ne transmet pas de privilège. Elle use tout simplement de son droit de propriété, dont la conséquence légitime et nécessaire est le droit de disposer entre-vifs ou à cause de mort. L'État lui est donc redevable de sa protection sans la lui faire payer par des exigences déplacées, sans afficher les prétentions ambitieuses d'un suzerain sur un vassal. Il lui doit assistance et appui, comme à tous les autres droits dont le devoir de l'État est d'assurer la jouissance.

À la vérité, le droit de tester entraîne avec lui le droit de modifier, dans une certaine mesure, les dispositions de la loi sur les successions *ab intestat*. Mais, qu'est-ce que notre loi sur les successions, sinon un testament présumé et une dévolution calquée sur la volonté probable du défunt, à l'égard de ses enfants ou des siens [11]? La loi sur la succession *ab intestat* n'est donc pas une puissance jalouse de la volonté de l'homme; elle ne la traite pas en rivale, puisqu'elle la prend pour base de ses dispositions [12]. Or, si elle cherche à deviner cette volonté et à s'en inspirer quand elle est muette, combien, à plus forte raison, doit-elle être éloignée de la répudier et de s'en plaindre, alors qu'elle s'est ouvertement formulée? Tout ce qu'elle peut demander à cette volonté, c'est qu'elle ne soit pas inofficiuse! C'est que, puisant sa force et son autorité dans le droit naturel, elle ne viole pas les droits de la nature et du sang [13]!

1432. Elle peut lui demander autre chose,

[1] Justinien, *Instit.*, De hered. que ab intest. defer. Mon livre de l'influence du christianisme, p. 1, ch. III, note 1 de la page 27, et p. 2, ch. XI.

[2] Cicéron, *De legibus*, 2, 9. *Ex patris ritibus optima columna. Festus*, v° *Sine sacris hereditas*.

[3] Cicéron, *Pro domo*, 15.

[4] Voy. mon article sur les *Gentes* (*Rev. de lég.*, 1847, t. 5), et Beaufort, l. 1, p. 107.

[5] Cicéron, *De legibus*, 2, 20 et 21.

[6] Plautus, *Captiv.*, 4, 1, 8. Festus, v° *Sine sacris*.

[7] Voy. l'anecdote rapportée par Tite-Live, 5, 46. La gens Fabia avait un sacrifice universaire sur le mont Quirinal. Fabius, quelque Roms fût occupée par

les Gaulois, n'hésita pas à traverser le camp ennemi pour ne pas interrompre cet acte solennel. En effet, la loi des Douze Tables ordonnait que les sacrifices ne fussent pas interrompus. — Sur les sacrifices, voy. Macrobe, 1, Saturn. 16. Festus, v° *Publica sacra* et Saturn. Servius sur l'*Énéide*, 2, 166; 5, 407; 5, 706.

[8] Bynkershoek, 2, observ. 2.

[9] Aul-Gelle, 15, 27. Beaufort, *loc. cit.*

[10] Aul-Gelle, 3, 19. Cicéron, *Pro domo*, 15 et 15.

Saetone, Auguste, 63. Beaufort, *loc. cit.*

[11] *Supra*, n° 32.

[12] N° 52.

[13] N° 85.

c'est de s'exprimer suivant certaines formalités. Ici, le droit de tester est obligé de se plier au droit civil et public qui, seul, édicte ces formalités; sous ce rapport, il cesse d'appartenir exclusivement au droit naturel (1). Mais il ne faut pas qu'il s'en plaigne, puisque ces formalités ont un lut protecteur, puisqu'elles sont une garantie de certitude, de sincérité et de liberté, puisque, en un mot, cet emprunt au droit civil et public a pour fin de raffermir le droit naturel.

1433. Et puisque ces formalités sont tutélaires, il s'ensuit que la raison préside à leur établissement, et qu'elles ont pour caractère d'être aussi claires et aussi simples que possible. Qu'y a-t-il, en effet, de plus aisé et de plus commode que le testament olographe, cet excellent établissement du droit français? Quoi de plus rationnel que cette simplicité du Code Napoléon, qui, unissant la netteté dans les idées à la facilité du langage, admet toutes les dénominations, égalise les choses si péniblement distinctes du droit romain (institution d'héritiers, legs, codicille, etc.), et élague les solennités superstitieuses dont ce droit était embrouillé? Il faut donc s'étonner que des personnes de la société, très-instruites, du reste, sur d'autres points, ignorent que le testament participe de la simplicité généralement dominante dans le Code Napoléon, et que rien n'est plus à la portée de tout le monde, qu'un acte de dernière volonté. Il n'y a plus de mystère dans notre droit (2).

1434. Mais pour mieux apprécier le bienfait de cette simplicité, récapitulons quelques-unes des idées et des formes dont les testaments s'étaient compliqués dans la législation romaine.

D'abord, la succession testamentaire devait être déferée de manière à ne rien emprunter à la succession *ab intestat* : il y avait incompatibilité entre l'une et l'autre (3). De là, la maxime, qu'on ne pouvait décéder *partim testatus, partim intestatus*. Il fallait que le testament embrassât tout ou rien : il fallait que la succession *ab intestat* s'étendît à tout ou à rien (4).

Le testament devait ensuite renfermer une institution d'héritier. Cette institution était la tête et le fondement du testament (5). Nul testament n'était valable sans institution d'héritier,

et l'institution d'héritier ne valait qu'autant qu'elle était faite selon la forme prescrite (6).

1435. Le droit coutumier s'était séparé du droit romain sur cette partie de la jurisprudence. Ce qui faisait dire à Coquille : « En pays coutumier nous n'avons pas de testaments vrais, *ad instar* de ceux qui sont introduits par le droit romain, selon lequel nul testament ne vaut s'il ne contient institution d'héritier, et nulle institution d'héritier ne vaut, sinon faite en testament, qui soit fait selon la forme prescrite. Pourquoi? C'est superfluité à nous de faire distinction de testaments et codicilles; ainsi, toutes dispositions de dernière volonté, faites par personnes capables et en forme probante, doivent être réputées testaments à l'effet de notre coutume (7). »

De là cette disposition de l'art. X du titre 33 de la coutume de Nivernais : « Institutions ou substitutions d'héritier par testament, n'autrement, n'ont point de lieu : en matière que, nonobstant lesdites institutions ou substitutions, l'héritier habile à succéder héritera et sera saisi de la succession : en manière aussi qu'un testament est valable, posé qu'il n'y ait institution d'héritier. Et combien que ladite institution ne vaille, ne sera pourtant vicié le testament es autres choses. »

1436. C'était là le droit commun attesté par la coutume de Paris (8) et par cette maxime recueillie par Loysel : « Institution d'héritier n'a pas de lieu (9). » Elle signifiait deux choses, que la coutume de Nivernais avait mieux expliquées que plusieurs autres coutumes (10) : d'abord, que la disposition testamentaire de l'homme ne pouvait faire, tout au plus, que des légataires universels, mais qu'il était au dessus de sa puissance de faire un héritier (11), n'y ayant que Dieu, suivant nos plus anciennes coutumes, qui puisse faire un héritier (12), « *Solus Deus hæredem facere potest, non homo* (13). » Car, d'après la règle, le mort saisit le vif, c'est le parent le plus proche qui est héritier légitime par le droit du sang; c'est lui qui est saisi de la succession, quelque testament qu'il y ait (14). Une institution d'héritier, en droit coutumier, ne

(1) Nos 85 et 266.

(2) No 84.

(3) Pomponius, l. 7, D., *De regul. jur.* Justinien, Instit., lib. 2, t. XIV, § 3. Cicéron, *De inventione*, 2, 2°.

(4) *Infr.*, no 1744, sur l'art. 1003.

(5) *Caput et fundamentum testamenti*.

(6) Coquille sur Nivernais, lit. 33.

(7) Tit. 33, des Testaments et codicilles.

(8) Art. 299. *Jungo Auvergne*, ch. 12, art. 40. *Orléans*, 297. *Sens*, 70. *Auxerre*, 227. *Touraine*, 258. *Reims*, 285. *Troyes*, 96. *Senlis*, 165. *Blois*, 137, etc., etc.

Voy., sur la saisine héréditaire de plein droit, les articles de M. V. Rigault, avocat à Strasbourg (*Revue étrangère*, 1842, t. IX, p. 35, 777, 801).

(9) 2, 4, 5.

(10) Pothier sur Orléans, art. 287.

(11) Poitou, 272.

(12) Delaurière sur Loysel, loc. cit.

(13) Glanville, *De legib. Angliæ*, l. 7, cap. 1. Klünrath, *Étude sur les cout.*, p. 137, note 3.

(14) Delaurière, loc. cit. Coquille sur l'art. 40 précité,

valait donc que comme legs, jusqu'à concurrence des biens disponibles. L'institution contractuelle seule, différente en cela de l'institution testamentaire, avait la vertu de créer, comme le sang, un héritier saisi, un héritier dans la force et l'étendue du terme. Cette exception était le résultat de la convention dans laquelle l'institution contractuelle prenait sa source [1].

Ces idées sur la succession testamentaire conduisaient à cette seconde conséquence, signalée par la coutume du Nivernais, à savoir : Qu'un testateur, dans les pays de coutume, était affranchi de la superstition romaine de l'institution d'héritier ; que les dispositions de dernière volonté méritaient le nom honorable de testament, lors même qu'elles ne renfermaient que de simples legs ; qu'enfin si celui qui avait été institué héritier, ou pour mieux dire, légataire universel, était reconnu incapable, le testament valait pour le surplus sans s'inquiéter du sort de la disposition principale.

1437. Il y avait un corollaire qui, du reste, était renfermé dans les deux précédents, c'est que, loin que la succession testamentaire fût incompatible avec la succession *ab intestat*, la première ne pouvait jamais aller sans l'autre. Comme il n'y avait pas de disposition testamentaire qui pût effacer la qualité d'héritier légitime, quiconque faisait un testament, décédait toujours *partim testatus, partim intestatus* ; car l'héritier légitime continuait à conserver sinon l'émolument, au moins le titre dont la parenté et la loi l'investissaient.

1438. On voit que, tandis que les pays de droit écrit conservaient docilement les traditions du droit romain, les provinces coutumières s'étaient ouvert des voies nouvelles et plus rationnelles. Aussi Coquille célébrait-il, avec grande raison, la supériorité du droit coutu-

mier en ce point : « Nous, en ce pays coutumier, ne sommes sujets aux subtilités, formes mules et fâcheuses superstitions introduites par le droit romain au fait des testaments. Et a été bien avisé par nos prédécesseurs de nous délivrer de cette servile subjection par laquelle les plus fins et les mieux avisés faisaient bien leurs affaires, et ceux qui avaient gnaient rondement, étaient surpris [2]. »

1439. Le Code Napoléon a gardé cette simplicité de l'ancien droit français. Il veut seulement que l'on s'attache surtout à la volonté du testateur, effaçant des distinctions désormais inexplicables entre le testament et le codicille, entre l'institution d'héritier et les legs. Point de termes sacramentels, point de dénominations privilégiées. Le Code permet à celui qui veut disposer de son bien, de faire comme ce testateur dont parle la loi 88, § *ultim.*, D., *De legat.*, 2^e, qui avait suivi son bon sens et son jugement, plutôt qu'une misérable et trop grande diligence [3]. Ce parti était souvent périlleux en droit romain, malgré tous les adoucissements apportés par l'art des jurisconsultes. Il a rarement du danger dans notre droit moderne, qui met la volonté de l'homme sensé au-dessus d'un formalisme subtil.

1440. De plus, le Code Napoléon imitant, sur ce point, le droit coutumier, n'admet pas que le testateur puisse, par une institution d'héritier, enlever aux héritiers à réserve la qualité qu'ils tiennent de la nature et de la loi. Malgré toute disposition universelle, ils sont saisis : le légataire universel est obligé de leur demander la délivrance [4], en sorte que nos testaments ne sont, pour nous servir d'une expression de d'Aguesseau, que des fidéicommiss que le défunt commit à l'exécution de ses héritiers à réserve. Mais nous reviendrons sur ces points dans le commentaire des art. 1003 et s.

ARTICLE 968.

Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle.

SOMMAIRE.

1441. Déjà l'ordonnance de 1738 avait défendu l'usage des testaments conjonctifs ou mutuels, mais en admettant quelques exceptions.
1442. Le Code Napoléon a maintenu le principe sans

aucune exception.

1443. Différence qu'il fait, sur ce point, entre la donation et le testament.

[1] *Infra*, n° 2366.

[2] Sur l'art. 10.

[3] « *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi, sine ulla juriپریتو, rationem animi mei potius secutus,*

« *quàm nimiam et miseram diligensiam : et si minus ali-*
« *quid legitimi, minus perit fecero, pro jure legitimi*
« *haberi debet hominis anni voluntas.* »

[4] *Infra*, sur l'art. 1004.

COMMENTAIRE.

1441. C'était autrefois un usage presque généralement admis que celui des testaments conjonctifs ou mutuels (1). « Il n'y a point de diffi-
culté, dit Ricart (2), que la donation mu-
tuelle peut être comprise en un testament
sans que l'on puisse lui faire encourir le vice
de la captation, ainsi qu'il est expressé-
ment porté par la novelle de Valentinien,
De testamentis, où cet empereur, parlant des
testaments mutuels, dit fort bien à notre su-
jet : *Quoniam nec captatorium dici potest*
cum duorum fuerit similis affectus et sim-
plex religio testamenta condentium (3). »

Mais l'ordonnance de 1733 sur les testaments poussa la prévoyance plus loin que la novelle de Valentinien : elle craignit que le testateur ne fût exposé aux suggestions de la personne avec qui il faisait son testament conjointement ; et, pour prévenir cet inconvénient, elle défendit (4) l'usage des testaments mutuels et conjonctifs, soit par mari et femme, soit par d'autres personnes (5). Déjà le parlement de Grenoble avait adopté une jurisprudence qui rejetait tout à fait l'usage de ces testaments.

Mais cette disposition de l'ordonnance de 1733 fut soumise à quelques exceptions, particulièrement en faveur des pères et mères qui voulaient

faire entre leurs enfants le partage de leurs biens.

1442. Le Code Napoléon est allé plus loin, et, en ne répétant point les exceptions mentionnées dans l'ordonnance, il les a abrogées.

1443. On a vu ci-dessus (6) que les donations mutuelles sont autorisées par le Code. En comparant cette tolérance de la loi pour la donation avec la prohibition dont les testaments ont été l'objet, ne trouve-t-on pas un nouvel argument à ce que nous avons dit précédemment (7), qu'il semble que le législateur exige une volonté plus pleine, plus entière de la part du testateur que dans les autres actes de la vie civile ? Ou peut en donner la raison suivante : la crainte des surprises est moins grande alors qu'il s'agit de se dépouiller actuellement et irrévocablement, que lorsqu'il s'agit de disposer pour le temps où on ne sera plus. Le testateur est plus accessible aux séductions et aux entraînements qui n'ont pas d'effet actuel, que le donateur qui est retenu par la nécessité de se lier sur-le-champ et sans pouvoir se repentir. Le premier est plus facile dans sa libéralité, parce qu'il ne doit pas en voir les suites ; le second est plus réservé, parce que le sentiment de la conservation parle hautement, alors qu'il faut subir, sur-le-champ, le contre-coup de ce à quoi l'on s'engage.

ARTICLE 969.

Un testament pourra être olographe, ou fait par acte public, ou dans la forme mystique.

SOMMAIRE.

1444. Des trois formes de testaments.
1445. Ces trois formes supposent nécessairement que le testament doit être rédigé par écrit.
1446. Un legs verbalement imposé par le testateur à l'exécuteur testamentaire serait nul.
1447. Du testament nuncupatif à Rome. — L'usage de ce testament en France jusqu'à l'ordonnance de 1733.
1448. La preuve testimoniale ne serait pas admissible pour établir l'existence d'un fidéicommiss verbal au profit de celui qui en réclame l'exécution.
1449. L'art. 969 s'oppose-t-il à ce qu'on puisse tester par gestes ou par signes ?

1450. La preuve testimoniale ne saurait avoir lieu, alors même qu'il y aurait commencement de preuve par écrit.
1451. A moins pourtant qu'il n'y ait fraude et que, par exemple, le testament n'ait été détruit par l'héritier ab intestat.
1452. En ce cas, c'est à l'auteur de la destruction à prouver que le testament n'était pas dans la forme légale.
1453. Il en serait différemment, si le testament avait été détruit par force majeure.
1454. Peut-on tester par relation à un écrit non revêtu des formes testamentaires ? — Distinction.
1455. Ou le testament se réfère à un acte antérieur

(1) Loisel, 4, 4, 9.

Ann. L'ord. de 1733 n'ayant pas en force de loi en Belgique, il a été jugé dans ce pays que le testament conjonctif fait en Belgique, avant le Code civil, n'est point nul, bien que son effet se soit ouvert sous ce Code. Br., 14 janv. 1817 (*Jurisp. de Belg.*, 1817, 2, 3).

(2) Don mutuel, n° 37.

(3) Juge le même auteur, *Donations*, part. 3, n° 63.

(4) Art. 77.

(5) Merlin, *Répert.*, v° Testament, p. 591.

(6) Voy. supra, sur l'art. 960, n° 1392 et 1393.

(7) N° 468, 469.

valable, afin d'individualiser ou de déterminer la personne ou la chose qui fait l'objet de la disposition, et alors la relation produit son effet. — Exemple.

1436. Suite.

1437. Ou bien le testateur se réfère à un écrit séparé qui sert à manifester la substance de sa volonté, et alors le testament pèche par sa base.

1438. Un testament ne saurait non plus se référer à un testament antérieur ou en la forme.

1439. Il en serait différemment si le testament, auquel

il est référé, était sans effet pour cause de caducité ou pour défaut de capacité de l'institué.

1440. Suite.

1441. On peut interpréter ce qui est exprimé dans un testament par tout ce qui est de nature à révéler et à préciser la volonté du testateur.

1442. Mais, s'il s'agit d'une omission de forme, il ne pourra y être suppléé que par des preuves puisées dans le testament même.

COMMENTAIRE.

1444. Notre article admet et consacre trois formes de testaments : le testament olographe, le testament par acte public, le testament mystique. Nous expliquerons, sous les articles suivants, tout ce qui se rattache à ces trois formes habilement variées pour la commodité des disposants.

1445. De ce que le Code Napoléon ne reconnaît que les trois sortes de testaments dont il vient d'être parlé, il s'ensuit que tout testament doit être rédigé par écrit, grand principe que l'ordonnance de 1731 avait explicitement consacré dans son article 1^{er}, et qui résulte implicitement des dispositions combinées du Code; en sorte que l'écriture n'est pas seulement requise pour la preuve du testament, elle tient encore à la forme et à la solennité, et aucune preuve ne pourrait la suppléer, quelque modique que fût la somme léguée. Dès lors, quand même l'héritier avouerait qu'il a été chargé par le défunt d'un fidéicommiss verbal, cet aveu serait sans force si cet héritier ne consentait pas volontairement à l'exécuter. Car ce qu'il avouerait, ce serait une disposition que la loi ne reconnaît pas et dispense d'accomplir [1].

1446. Il suit de là, que si un testament donnait à Titius, son exécuteur testamentaire, une somme d'argent pour être employée suivant les intentions qu'il lui a manifestées verbalement, cette disposition serait nulle pour le tout; nulle à l'égard de Titius car ce ne serait pas lui que le testateur eût voulu gratifier; nulle à l'égard de celui qui aurait été nommé à Titius, car toute institution, tout legs doit être rédigé par écrit. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la cour de cassation du 12 août 1811, dont j'ai parlé ailleurs [2]; la loi suspecte facilement la fraude dans les dispositions que l'on veut enrouler

du secret, sans les confier à la foi de l'écriture.

1447. Les Romains avaient le choix de faire un testament verbalement ou par écrit. Le testament que les interprètes ont appelé nuncupatif [3] se faisait de vive voix, quoiqu'on pût y employer l'écriture, *probationis causâ* [4]. Voici quelle en était la forme : Le testateur, après avoir fait assembler sept témoins dans le même temps et dans le même lieu, leur déclarait sa volonté de manière qu'ils l'entendissent et le comprissent distinctement [5]; *hoo perfectissimum testamentum jure civili, firmumque constitutum*, disait Justinien dans ses Institutes [6]. Après la mort du testateur, on faisait la preuve de ses dernières volontés, par la résumption judiciaire des témoins qui avaient assisté à la nuncupation [7].

Ces testaments nuncupatifs avaient leur utilité pour les personnes qui se voyaient pressées par l'extrémité de la maladie, et qui ne pouvaient disposer autrement [8]. Ils étaient, d'ailleurs, dans les mœurs du peuple romain, depuis les temps les plus anciens [9]. Mais cette forme manquait de sûreté; elle livrait à la mémoire fugitive des témoins la dernière et la plus chère volonté des hommes [10].

Lorsque le testament nuncupatif était rédigé par écrit, afin de l'accompagner d'une forme probante, cette circonstance ne dispensait pas de l'assistance des sept témoins qui devaient signer l'acte; et alors ce testament ne différait du testament écrit qu'en ce que ce dernier exigeait une plus grande solennité que les autres, comme nous le verrons plus bas.

L'usage du testament nuncupatif s'étendit dans toute la France, jusqu'à ce que l'ordonnance de Moulins eût défendu la preuve par témoins, au-dessus de 100 livres. A cette épo-

[1] Suprà, nos 549, 554, 555.

[2] N° 549.

[3] D'après la loi 21, D., *Qui test. facere possunt*, où l'opinion dit : « *Esse et ergo testant vel nuncupare habere*, » vel scribere. »

[4] L. 4, D., *De fide instrum.* L. 4, D., *De pignoriis*.

[5] L. 21, § 2, C., *De testamentis*. L. 21, D., *Qui testam. facere possunt*. Pandectes de Pothier, t. II,

p. 178, nos 40 et 22.

[6] *De testam. ordinandis*, § 14.

[7] Furgole, *Testaments*, n. 13. Douens, 6, 10, 1 et seq. Corvinus sur le C., *De test. ordin.*

[8] Ricard, *Donations*, p. 1, n° 1326.

[9] Calus, *comm.* 2, § 103.

[10] Corvinus, *loc. cit.*

que, les parlements se divisèrent sur l'application de cette ordonnance aux testaments. Les uns ne pensèrent pas que son but fut de porter atteinte à un usage spécialement consacré, par le droit romain, en faveur des mourants. Les autres, au contraire, regardèrent les testaments verbaux comme nuls, toutes les fois que la somme dépassait 100 livres.

L'ordonnance de 1731 abolit définitivement un genre de disposition qui donnait matière à beaucoup de fraudes et de faux serments. Cette ordonnance, mémorable par sa sagesse, n'hésita pas à prendre en considération les observations de tous les commentateurs qui, voyant les dangers du testament verbal, avaient conseillé de préférence l'usage du testament mystique ou écrit [1].

1448. Du principe qu'on ne peut tester verbalement, il suit que la preuve testimoniale n'est pas admissible pour établir l'existence d'un fidéicommiss verbal, au profit de celui qui en réclame l'exécution [2]. Mais rien n'empêche de recourir à la preuve testimoniale ou aux présomptions, pour prouver qu'une disposition, pure et simple en apparence, cache en réalité une charge de rendre, secrète et contraire aux lois [3]. Ici la preuve testimoniale n'est reçue que pour démasquer la fraude.

1449. Mais notre article s'oppose-t-il à ce qu'on puisse tester par gestes ou par signes? Nous avons vu ci-dessus que le sourd-muet peut faire une donation par signes [4], et il semble, au premier coup d'œil, que le sourd-muet qui peut faire comprendre sa pensée par ce langage muet qui a acquis, par le progrès de la science, tant d'énergie et de précision [5], ne doit pas être moins capable de faire un testament, en employant ce mode de transmettre ses volontés.

Cependant la loi, plus rigoureuse (comme il arrive souvent) à l'égard des testaments qu'à l'égard des donations, n'admet pas le testament public par signes et par gestes [6]. Elle veut qu'il soit dicté, ce qui exclut le langage d'action, quelque éloquent qu'il soit [7].

Mais pourquoi le Code Napoléon n'aurait-il pas fait, en faveur des sourds-muets, une exception que le droit romain avait introduite en faveur du soldat [8]? Pourquoi le droit naturel,

qui avait suggéré aux jurisconsultes romains cette faveur particulière, n'aurait-il pas aussi élevé sa voix puissante au profit d'une classe d'hommes si dignes de considération? Sans doute, les sourds-muets, que leur éducation a mis en possession d'une culture intellectuelle perfectionnée, peuvent faire un testament olographe ou mystique, puisqu'ils savent écrire. Mais pourquoi le pauvre sourd-muet, qui n'est pas arrivé à ce progrès, doit-il joindre à son malheur celui de ne pouvoir disposer pour le temps où il ne sera plus? Au surplus, ces idées se représenteront dans notre commentaire de l'article 979 du Code Napoléon.

1450. L'écriture est tellement de l'essence des testaments, qu'on ne saurait suppléer à ses clauses par la preuve testimoniale, y eût-il un commencement de preuve par écrit. Le Code, en effet, est conçu dans le même esprit que l'ordonnance de 1735 [9]; il ne veut de la preuve testimoniale, ni pour créer les dispositions de dernière volonté, ni pour changer celles qui sont écrites dans le testament et leur substituer, sous prétexte d'obscurité, une volonté non exprimée. C'est dans l'acte même que les magistrats doivent rechercher, d'après leurs lumières, les raisons de décider [10].

Ceci ne veut pas dire que lorsqu'il s'agit d'interpréter des expressions douteuses, obscures, ambiguës, on ne puisse pas recourir à des présomptions extrinsèques [11]. Tous les jours il arrive aux magistrats de puiser des interprétations de volonté dans des sources étrangères au testament [12], et rien n'est plus légitime. Mais ce qui est défendu, c'est de supprimer des clauses écrites par l'invocation d'une volonté qui n'a pas de base dans le testament.

1451. Il faut excepter cependant le cas de fraude à la loi, ainsi que nous l'avons dit, il n'y a qu'un instant.

De là, il suit que si le testament vient à être détruit par la fraude de l'héritier *ab intestat*, l'héritier testamentaire pourra prouver qu'un testament a existé en sa faveur, qu'il a été détruit par le fait d'une personne intéressée à le faire disparaître [13] : l'existence peut se prouver par la déclaration du dépositaire, ou par l'aveu des héritiers.

[1] Doneau, VI, 40, 10.

[2] Paris, 31 juillet 1819 (Devill., 6, 2, 120).

[3] Supra, n° 685, 686 et 703.

[4] N° 539.

[5] N° 1137, 1138.

[6] N° 537.

[7] Infra, art. 979.

[8] L. 4, D., De testam. milit. L. 1, D., Eodem titulo, L. 3, C., De testam. milit.

[9] Art. 893 combiné avec l'art. 969.

[10] Cassat. d'un arrêt d'Orléans, 28 décembre 1818

(Dalloz, *Dispos. test.*, t. VI, p. 70). Merlin, *Répert.*, v° Testament, t. XVII, p. 646. Cet arrêt, parfaitement rendu dans l'espèce, contient quelques considérants trop larges dont il faut se défier.

[11] Infra, n° 1461.

[12] L'arrêt du 28 décembre 1818 semble contrarier cet usage, dans ses considérants. En ce sens, il va trop loin.

[13] Cassat., 1^{re} déc. 1812 (Dalloz, *Dispos. test.*, t. V, p. 609).

1452. Et il y a ceci de remarquable, que, l'existence du testament étant établie, c'est à l'auteur de la lacération ou de la destruction à prouver qu'il n'était pas dans la forme légale. Car l'héritier institué, privé de son titre par celui qui le critique, n'a aucun moyen, par le fait de celui-ci, de se défendre contre son attaque [1].

1453. Mais quand le testament a été détruit par force majeure, par exemple, par un incendie, il ne suffit pas à l'héritier institué de prouver qu'un testament a existé; il doit aussi prouver quel en était le contenu, et qu'il était en forme régulière [2]. Il faut que des témoins à ce connaissant et idoines déclarent non-seulement qu'ils ont vu et lu le testament, mais qu'ils savent ce qui y était contenu, et qu'ils n'y ont aperçu aucun vice : « *Non modò se vidisse ac legisse instrumentum quod dicitur amissum, sed scire quid in eo continetur atque nullè in parte esse vitiosum* » [3]. Les lois romaines recommandent même, en pareille matière, de n'avoir égard qu'à des preuves manifestes, *manifestissimis probationibus* [4].

1454. A notre article se rattache la question de savoir si on peut tester par relation à un écrit non revêtu des formes testamentaires [5]. On comprend sur-le-champ la difficulté : puisque le testament doit être rédigé dans l'une des trois formes autorisées par notre article, est-il admissible que, dans une partie, il en reste affranchi ? Si l'acte auquel on se réfère est imparfait, ne craint-on pas de sortir du cercle tracé par notre article ?

Cette question ne peut être résolue qu'au moyen d'une distinction.

Où le testament se réfère à un acte antérieur valable, afin d'individualiser ou de déterminer la personne ou la chose qui fait l'objet de la disposition ; dans ce cas, la relation doit produire son effet.

Où bien le testament se réfère à un écrit séparé qui sert à manifester la substance de sa volonté, et alors le testament pèche par sa base.

Reprenons successivement les deux branches de cette distinction pour montrer la justesse de nos solutions, et parlons d'abord de la première.

1455. « Je lègue à Titius la somme men-

tionnée dans un acte du 25 février 1824, que Sempronius a souscrit à mon profit. »

Dans ce cas, la relation à l'acte du 25 février 1824 n'a pour objet que de préciser la somme léguée. Du reste, le testament contient la substance du legs : il renferme une certitude sur la personne et sur la chose. Il ne demande d'éclaircissement supplémentaire que sur un détail, sur la quantité. Cette décision est en parfaite harmonie avec ce que nous apprend l'aut [6] de la doctrine des anciens jurisconsultes, qui tenaient pour constant qu'un legs conçu en ces termes : « Je donne à Titius la somme que j'indiquerai dans une lettre que je lui écrirai, » est valable. Quoique la lettre serve à expliquer le testament, il n'en est pas moins vrai que c'est dans le testament que le legs prend sa substance. Il n'y a que la quantité qui soit constatée par la lettre [7].

De même, si Titius, qui faisait une pension à Sempronius, lui lègue la somme de ... à titre de pension viagère (sans la préciser), on suppléera l'omission de la quantité, par les livres de dépenses et autres écrits, desquels résultera le chiffre de la pension qui avait cours de son vivant [8].

1456. Cette décision s'applique au cas où le testateur aurait dit : « J'institue pour mon héritier celui de mes frères dont le nom sera écrit sur une feuille de papier qu'on trouvera dans le second tiroir de mon secrétaire. » Cette disposition se soutient par les raisons que nous venons de dire. La substance de la disposition est dans le testament ; il n'y manque qu'une circonstance qui peut être précisée par des faits extérieurs et par une relation équivalente à ce que le testateur aurait dit dans le testament. En pareil cas, tous les arguments sont bons pour arriver à constater la volonté, ainsi que le dit très-bien Celsus : « *Testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, de quo dixit, adimplenda est* » [9]. On trouve deux exemples de ceci dans les lois 77, D., *De hered. instit.* et 10, D., *De coedit. instit.* [10].

Il n'est pas inutile de rappeler l'espèce de la loi 77. On sait que par le droit romain, on ne pouvait donner l'hérédité par codicile ; l'institution d'héritier était exclusivement attribuée

[1] Même arrêt.

[2] « *Amisso instrumento...*, non extinguitur dummodo aliunde tenor constat et probari possit. » (Corvius sur le Code De fide instrumentorum et amissionem eorum.)

[3] Péréz sur le Code, cod. tit., n° 29. Cassation, 17 février 1807 (Dallos, *Disp. entre-vifs*, t. V, p. 607).

[4] Antonin, l. 1, C., De fide inst. et omis. eorum.

[5] Furgole, l. 1, p. 29, n° 22. Merlin, l. XVII, v° Testament, sect. 2, § 1, art. 4, n° 1, 3, 4, 3. Bayle-

Mouillard sur Grenier, l. II, p. 229. Zachariae, l. V, p. 76, § 665. Polliers, 19 août 1832 (Devill., 32, 2, 453).

[6] L. 38, D., De cond. et demonst.

[7] Jume l. 71, De hered. instit. Pand. de Fothier, l. II, p. 293, n° 43.

[8] L. 14, D., De annuis legatis. Pothier sur Orléans, l. XVI, n° 22.

[9] L. 25, D., De rebus dubiis.

[10] Pothier, Pand., l. II, p. 370, n° 14, et p. 264, n° 12.

au testament, acte civil et solennel qui, seul, avait ce privilège [1]. Cependant un testateur avait fait un testament ainsi conçu : « Je donne « mon hérité à celui dont j'écrirai le nom « dans mon codicille. » Papinien pensa que rien ne s'opposait à la validité du testament. Car, quoique le nom de l'héritier fût écrit dans le codicille, ce n'était pas le codicille qui l'instituait, mais bien le testament, le codicille ne faisant autre chose que désigner la personne. Ulpien donne la même solution dans la loi 10, D., *De cond. inst.*, qui prouve l'unité de doctrine sur ce point ; et il n'en peut être autrement, puisque c'est en réalité dans le testament que se trouve la substance de la disposition [2].

Dira-t-on que, dans les deux hypothèses prévues par Ulpien et Papinien, le codicille était, chez les Romains, un mode de disposer avoué par l'équité, reconnu par la jurisprudence, et que, sous cette forme légale, la disposition explicative ou supplémentaire pouvait raisonnablement venir s'identifier avec le testament antérieur ou postérieur ; mais qu'il ne saurait en être de même dans l'espèce posée par nous, où nous avons supposé que le nom de l'héritier est écrit sur une feuille de papier qui ne mérite pas le nom d'acte. Nous répondons que, d'après la rigueur des idées romaines sur l'institution d'héritier, un codicille était aussi insuffisant pour remplir cette condition fondamentale de tout testament, que notre feuille de papier.

Et puis, s'il est vrai qu'on puisse instituer un héritier dans la forme que voici : « Je nomme « pour mon légataire universel celui qui rem- « portera le prix à telle académie. » pourquoi l'institution faite dans le mode que nous discutons serait-elle condamnée ? C'est ainsi que, quand le nom du légataire est laissé en blanc, il est permis au juge de recourir à des preuves extrinsèques pour combler cette lacune et interpréter la volonté du testateur [3].

1457. Venons, à présent, à la deuxième branche de notre distinction.

Lorsque la substance de la disposition ne se trouve pas dans le testament, et qu'il faut aller la chercher dans un écrit séparé auquel le testament se réfère, la disposition est nulle ; car le testament doit se suffire à lui-même dans

tout ce qui tient à la substance de la volonté.

Ainsi, serait radicalement nul un testament dans lequel le testateur dirait : « Je veux qu'on « exécute comme ma volonté tout ce qui est « contenu dans tel écrit fait de la main de François. » Si ce mode de disposer était toléré, on réduirait les testaments à de simples formules, et toutes les mesures prises par le législateur pour protéger par d'utiles solennités la sincérité des dernières volontés s'écrouleraient.

Il est vrai que dans l'ancienne jurisprudence, on trouve des auteurs qui, sur le fondement d'une mauvaise interprétation de la loi 77, D., *De hered. inst.*, admettaient ces dispositions par relation à un acte non valable comme testament [4]. Mais c'était là une erreur condamnable et féconde en inconvénients. Nul ne saurait, sous le Code Napoléon, y prêter les mains [5].

1458. Un testament ne saurait non plus se référer à un testament antérieur, nul en la forme [6]. Comment pourrait-il trouver, dans ce qui n'a pas d'existence légale, la force qui lui est nécessaire pour subsister ? C'est, en effet, une règle sur laquelle nous insisterons plus tard, qu'un testament nul doit être refait.

1459. Mais rien n'empêcherait que le testateur se référât, dans son testament, à un autre testament resté sans effet par défaut de capacité de l'institué, ou pour raison de caducité ; ainsi, par exemple, il pourrait dire : « Je donne à « Pierre ce que j'ai donné à François dans mon « testament de tel jour, attendu que François « est décédé avant moi [7]. »

1460. Voici, à ce propos, une espèce curieuse :

Cadier, vicomte de Veauce, avait fait à Bourges, le 20 septembre 1833, un codicille dont je cite la teneur :

« Mon neveu Amable Cadier, baron de Veauce, « étant décédé, ma volonté est que les disposi- « tions testamentaires que j'avais faites en sa « faveur retournent en entier à ses enfants, « Eugène et Marie Cadier de Veauce, à qui elles « profiteront, les renouvelant pour eux par ce « codicille. »

Le vicomte de Veauce mourut le 26 avril 1836.

Qu'étaient-ce que ces dispositions testamen-

[1] Papinien, l. 77, D., *De hered. inst.* : « ... *Assa-
s lota non distributo, ita scriptum est, quoniam herodem
s codicillis fecero, heres esto : Titum codicillis herodem
s institui. Ejus quidem institutio valet, idcirco quod licet
s codicillis dari heredem non possit, tamen hanc ex tes-
tamento dato videtur : sed hoc tantum ex hereditate
s habebit, quantum ex assa residuum maneat.* » (Voyez
Cujas sur cette loi, *Quest. Papin.*, lib. 17.)

[2] Voy. Cujas, *loc. cit.*

[3] Aff. Schneider. Cassat., rej., 25 décembre 1828 (Devill., 9, 1, 305).

[4] Colvarruvius, *De testam.*, ch. 14, n° 6. Montvallon, *Traité des successions*, ch. VI, art. 20, n° 8. Stockmans, *Decisiones brabantia*, § 14. Arrêt de la cour de Turin, 17 Boréal an xi, rapporté par Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, t. XVII, p. 659.

[5] Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. 2, § 1, art. 12.

[6] Merlin, *loc. cit.* Turin, 19 mars 1810 (Devil., 3, 2, 231). Cassat., rej., 21 nov. 1814 (Dalloz, *loc. cit.*, t. VI, p. 64).

[7] Africanius, l. 109, D., *De legat.*, 1°.

taires qu'il avait faites au profit du baron de Veauce, son neveu décédé? Elles furent recherchées après sa mort. Mais on ne trouva dans son secrétaire qu'un testament non signé, ni daté, écrit de sa main. Dans cet écrit, il instituait le baron de Veauce pour son légataire universel, et faisait quelques legs particuliers.

Les héritiers du sang prétendirent que le codicille du 20 septembre 1835 manquait d'une de ses parties substantielles; qu'il se référait à un testament qui ne se trouvait pas; que la relation ne pouvait se faire à un acte imparfait et nul en la forme, ainsi que le prétendaient les légataires; ils opposèrent à ceux-ci le principe par nous posé au numéro 1458.

Mais les légataires en repoussèrent l'application. Ils disaient : Nous ne voulons d'autre titre que le testament du 20 septembre 1835; il est le seul dont nous puissions nous prévaloir. Le testament trouvé le 26 avril 1836 ne nous donne aucun droit; il ne sert qu'à interpréter le testament du 20 septembre 1835. Or, ce testament est valable; il est en la forme olographe; il renferme une volonté précise, une institution d'héritier; les légataires sont nommés, le testateur déclare sa volonté de les gratifier. Il n'y a qu'un point incertain : c'est la mesure des droits de ces héritiers. Or, cette mesure peut être déterminée par un acte qui n'a pas la forme d'un testament et auquel s'en réfère le testateur. Si l'on en doute, on n'a qu'à consulter les lois romaines : elles feront cesser les scrupules [1].

Le tribunal de première instance de Bourges adopta ce système. Il vit dans le testament du vicomte de Veauce, de 1835, une institution d'héritier dont la substance était nettement posée; et, partant de là, il crut pouvoir suivre le procédé donné par Ulpien et Papinien pour combler la lacune relative à la mesure des droits.

Mais il ne faisait pas attention à une chose importante : c'est que, dans l'espèce des lois

romaines, la relation faite par le testateur portait sur un acte certain, tandis qu'ici l'incertitude planait sur l'acte relaté. Le vicomte de Veauce, en effet, s'était référé à un testament, et ses légataires voulaient qu'on se référât à un acte qui n'était pas un testament. En présence de ce projet informe, un doute très-grave saisissait l'esprit. Était-ce là l'acte auquel le testateur s'était référé? N'avait-il pas en vue un testament parfait qu'il avait rédigé, et qu'on ne représentait pas? Il ne faut donc pas s'étonner si le jugement de première instance fut infirmé par la cour d'appel de Bourges et si les légataires universels perdirent leur procès [2]. Quoiqu'il en soit, cet arrêt n'infirmait rien les principes posés aux numéros précédents.

1461. S'il est vrai que le testament puisse se compléter dans certains détails et accessoires qui y manquent par des moyens extrinsèques, il est évident qu'on pourra, à plus forte raison, interpréter ce qui y est exprimé par tout ce qui est de nature à révéler et à préciser la volonté du testateur, bien que ces renseignements soient puisés ailleurs que dans le testament même [3]. On pourra donc consulter utilement ses usages personnels, ceux de la contrée où il vivait, ses rapports avec le légataire ou avec sa propre famille, ses affections, ses antipathies, etc., etc. [4]. Rien n'est plus certain, rien n'est plus légal, malgré quelques considérants d'arrêts qui ont été trop loin dans les développements d'une doctrine qu'ils n'avaient pas à appliquer à ce point de vue [5].

1462. Mais toutes les fois qu'il s'agira de la forme de l'acte, ce qui y manque d'essentiel, comme une date ou autre chose semblable, ne pourra être suppléé qu'en puisant dans le testament même et non ailleurs. Ici les preuves extrinsèques sont sans valeur, parce que dans tout ce qui tient aux solennités, le testament doit se suffire à lui-même [6].

ARTICLE 970.

Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur : il n'est assujéti à aucune autre forme.

SOMMAIRE.

1463. Le testament olographe n'était point admis en droit romain, et c'est par exception qu'une nouvelle de Théodose et Valentinien, et quel-

ques lois du Digeste, ont validé des dispositions olographes.

1464. Dans les pays de coutume, l'usage du testament

[1] *Supra*, n° 1456.

[2] Arrêt inédit de Bourges du 25 juillet 1851. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la cour de cassation, le 22 juin 1852, *en des req.* (Gazette du 25 juin 1852).

[3] Celseus, l. 25, D., *De rebus dubiis*.

[4] Ulpien, l. 30, § fin., D., *De legat.*, 1^{re}. Paris, 27 août 1811 (Dalloz, *loc. cit.*, l. VI, p. 63). Cassat., *rej.*, 23 décembre 1828 (D., 29, 1, 77). Poitiers sur Orléans, l. XVI, n° 22 et 154.

[5] *Supra*, n° 1450.

[6] *Infra*, n° 1484.

- olographe était très-répandu. — L'ordonnance de 1629 essaya vainement de l'étendre aux pays de droit écrit.
1465. On se demandait alors si un individu, appartenant par son domicile à un pays de droit écrit, pouvait tester par la forme olographe lorsqu'il se trouvait en pays coutumier.
1466. Aujourd'hui le testament olographe est pratiqué dans toutes les parties de la France.
1467. 1^o De l'écriture, par le testateur, du testament olographe. — Conséquence.
1468. Mais un interligne d'une main étrangère ne vicierait le testament qu'autant qu'il serait constant qu'il en fait partie.
1469. La participation d'un tiers à la confection d'un testament, par exemple pour donner un conseil ou rappeler une règle, ne vicie pas le testament.
1470. Il en serait de même de la participation d'un tiers au testament d'un aveugle.
1471. La loi, dans les trois conditions qu'elle exige pour la confection du testament olographe, n'est pas aussi rigoureuse que s'il s'agissait d'un acte public.
1472. Ainsi, le testament pourrait être écrit et signé au crayon.
1473. Il peut être fait sur plusieurs feuilles, même des feuilles volantes. — Espèce soumise à la cour de cassation.
1474. Peu importe que les interlignes ou les ratures aient été ou non approuvés par le testateur.
1475. L'emploi du papier timbré n'est pas nécessaire.
1476. *Quid* du testament par lettres missives? — Il était nul sous l'ordonnance de 1735.
1477. Il faut décider, sous le Code, que la lettre qui porte le caractère d'une disposition testamentaire est valable.
1478. Pour pouvoir être considéré comme testament olographe, l'écrit doit avoir été fait en vue de la mort.
1479. 2^o De la date du testament olographe. — La date, jusqu'à l'ordonnance de 1735, ne fut pas considérée comme nécessaire.
1480. Il n'est pas indispensable que la date comprenne l'énonciation du lieu.
1481. La date peut être écrite en chiffres.
1482. Elle doit être écrite de la main du testateur. — *Quid* de la date incertaine?
1483. *Quid* de l'erreur de la date?
1484. Cette erreur peut-elle se suppléer? — Exemple.
1485. Autre exemple rapporté par Domoulin.
1486. Ce qui paraît être le résultat d'une erreur est quelquefois le résultat d'une volonté réfléchie.
1487. La fausseté de la date équivaut à l'absence de date.
1488. L'insertion de faux n'est pas nécessaire pour prouver une erreur ou une fausseté de date.
1489. Les rectifications, dans les omissions ou erreurs d'un testament olographe, ne peuvent être faites qu'autant qu'elles sont commandées par le contraire même du testament.
1490. Les dispositions additionnelles sont présumées se référer à la date apposée au corps de l'acte.
1491. La place de la date de l'acte est indifférente.
1492. Le testament olographe fait foi de sa date. — Conséquences.
1493. 3^o De la signature du testament olographe. — Elle peut être séparée du corps de l'acte par quelques lignes en blanc.
1494. L'énonciation des noms du testateur, même avec une suite d'écriture, peut être considérée comme signature.
1495. De quel nom le testateur doit-il signer? — Le testament de Nassillon.
1496. La signature du nom de baptême pourra, selon les circonstances, être considérée comme suffisante.
1497. Il en est de même de la signature mal orthographiée ou peu lisible, si l'identité du testateur est certaine.
1498. Solennité du testament olographe écrit, daté et signé de la main du testateur. — Conséquences. — Mais l'écriture n'en est pas moins une écriture privée.
1499. Sur qui retombe, en cas de dérogation, le charge de faire la vérification de l'écriture? — Distinction. — Si le légataire est en présence d'un héritier réservataire, c'est à ce légataire à faire la vérification.
1500. Mais si le légataire universel, en présence d'un héritier du sang non réservataire, a obtenu l'envoi en possession, et se trouve ainsi nanti en vertu d'un titre, c'est à l'héritier du sang qu'incombe la vérification.
1501. Réfutation de l'opinion contraire.
1502. Un testament, nul comme mystique, peut-il valoir comme olographe? — Renvoi.
1503. Peu importe la langue dans laquelle est écrit le testament.

COMMENTAIRE.

1463. Le testament olographe remonte à des usages très-anciens, que le droit romain avait rencontrés dans sa marche et qui lui avaient paru dignes d'attention. On voit, en effet, dans le Code Théodosien une novelle des empereurs Théodose et Valentinien, qui, voulant favoriser l'héritier d'une certaine Pélagie, dont le testament était dans cette forme, déclarait ceci d'une manière générale : « *Ut quisquis per holographam scripturam, supremum maluerit ordinare iudicium, habeat liberam facultatem. Et, si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus* [1]. »

Cette novelle donnait, sur l'utilité du testament olographe, les motifs les plus plausibles. Un homme, pressé par le besoin d'exprimer ses dernières volontés, n'est pas toujours à portée d'officiers publics et de témoins; d'un autre côté, il est facile d'empêcher, par des obsessions, une personne de faire son testament public; il n'est pas aussi aisé de la surveiller assez pour l'empêcher de faire un testament olographe. Enfin, celui qui fait un testament olographe peut le méditer, le lire et le relire, le corriger, le refondre et le relaire.

Malgré ces excellentes raisons, cette constitution n'eut pas le privilège d'être généralement observée. Justinien n'en fait aucune mention dans son Code : il y déroge même en tant que de besoin, en exigeant, par la loi *Hac conatitia*

[1] Novell., lib. 3, tit. 4, *De testamentis*, voy. Jacques Godefroy.

s/mâ, l'assistance des témoins, même pour les testaments écrits de la main du testateur [1]. Toutefois, la forme olographe fut autorisée par la novelle 107, au profit du père qui faisait le partage de ses biens entre ses enfants [2]; mais ce n'était là qu'une exception, et le testament olographe n'était pas reçu dans le corps de droit.

Il est vrai que quelques lois du Digeste déclarent valables des legs et fidéicommiss contenus dans des lettres missives ou dans des écrits olographes [3]. Mais on sait que les legs et fidéicommiss ne constituaient pas un testament, et que cet acte important exigeait impérieusement l'institution d'héritier, laquelle ne pouvait jamais résulter d'une écriture privée. D'ailleurs la loi 8, § 3, C., de *Codicillis*, défendit de faire aucune disposition de dernière volonté, sans témoins [4], même des legs et des fidéicommiss, bien qu'auparavant ils fussent tellement dégagés de formalités, qu'on pût les faire *etiâ m nutu* [5].

1464. Les pays de droit écrit, asservis aux décisions du droit de Justinien, n'admirent pas les testaments olographes.

Il n'en fut pas de même dans les pays de coutume. Soit que l'usage, dont le Code Théodosien a conservé la trace, fut dominant dans cette partie des Gaules, soit que le Code Théodosien l'y ait introduit, il est certain que le testament olographe y fut de bonne heure populaire. Les coutumes le consacrent presque toutes et lui donnent même une couleur de solennité égale aux testaments reçus par des officiers publics [6]. « La forme des testaments pour faire « preuve entière, dit Coquille, a été ordonnée « diversement par les coutumes, mais presque « toutes concourent, sur la forme qui a été pres- « crite par la coutume de Paris, art. 289, que « le testament soit écrit tout du long, et signé « de la main du testateur [7]. » L'ordonnance de 1629, rédigée sous Louis XIII, par le garde des sceaux de Marillac, essaya de l'étendre aux pays de droit écrit; mais, en ce point comme en beaucoup d'autres, elle échoua. Le testament olographe continua à y être repoussé. L'ordonnance de 1753 respecta ce préjugé et se contenta de maintenir le testament olographe dans les pays qui l'affectionnaient, à cause de sa commodité, de sa facilité et des garanties de certitude et de réflexion qu'il présente.

1465. De cette bigarrure de législation entre les différentes provinces de France, naissait une question fort controversée et très-diversement résolue par les auteurs et les tribunaux; savoir : si un individu appartenant par son domicile au pays de droit écrit, pouvait tester par la forme olographe, lorsqu'il se trouvait en pays coutumier.

Plusieurs pensaient que la faculté de tester en la forme olographe se réglait par la loi du domicile et que, par exemple, un Toulousain, testant à Paris, ne pouvait faire, sur ses biens situés en pays de droit écrit, qu'un testament avec témoins, à moins que ce ne fût un partage entre enfants. Cette opinion est enseignée par Ricard, dont le jugement est si souvent en défaut [8], et on le jugeait ainsi au parlement de Provence, comme le prouve un acte de notoriété du parquet de cette cour, rapporté par la Touloubre [9]. Ce qui paraissait d'autant plus vraisemblable, que puisque le testament olographe est affranchi de la nécessité de contenir la date du lieu (ainsi qu'on le verra tout à l'heure), il est naturel d'en conclure que ce n'est pas le lieu où le testament est fait, qui peut influencer sur le pouvoir de faire un testament olographe.

Mais l'opinion contraire trouvait de nombreux apologistes qui tenaient que la forme du testament dépend du lieu où l'on teste (*locus regit actum*), et que rien n'empêchait un individu, domicilié en pays de droit écrit, de faire un testament olographe, s'il se trouvait momentanément à Paris. Beaucoup d'arrêts l'avaient ainsi décidé, et c'est pour cette opinion que s'est prononcée la cour de cassation par plusieurs arrêts [10].

1466. Notre article a étendu le testament olographe à toute la France, et il est généralement pratiqué dans les pays anciennement régis par le droit écrit, qui en ont senti les avantages. Cet exemple prouve qu'il est beaucoup plus facile qu'on ne le croit, de vaincre certains préjugés. Il suffit de le vouloir et de l'oser.

1467. La première condition requise pour la validité d'un testament olographe, c'est qu'il soit entièrement écrit de la main du testateur. Il suit de là que si l'écriture du testateur se trouvait mêlée avec une écriture étrangère, le testament serait nul pour le tout. Car alors

[1] L. 21, C. Just., De testamentis.

[2] Furgole, t. 1, ch. 2, sect. 2. Ricard, part. 1, n° 1484. Merlin, Répert., v° Testament, p. 759, sect. 2, § 4, art. 1.

[3] L. 89, D., De legat., 2o.

[4] L. 22, C., De fideicommissis. L. 21, D., De legat., 3o.

[5] Furgole, t. 1, p. 115, n° 11.

[6] Orléans, 289. Ancienne coutume, 227. Paris, 389.

Nivernais, 1, XXXIII, art. 15.

[7] Instit. au droit français, tit. Des Testaments.

[8] Dissert. posthume à la suite de son traité du Don manuel. Junge Boullenois, t. II, p. 78.

[9] P. 190.

[10] *Infra*, n° 1756. Voy. Merlin, Répert., v° Testament, sect. 2, § 4, art. 1, p. 742 et suiv.

il ne serait ni solennel, ni olographe. Il ne serait point solennel, puisqu'il n'y aurait ni concours du notaire, ni concours des témoins; il ne serait point olographe, puisqu'une main étrangère y aurait travaillé, qu'il ne serait point écrit en entier de la main du testateur, et qu'il porterait la trace d'une coopération étrangère qui est contraire à son essence et lui enlève sa spontanéité. Il ne serait donc valable sous aucun aspect.

Il a même été jugé, par un arrêt du parlement de Paris, du mois de mars 1650 [1], que la nullité totale devrait être prononcée, quand même l'écriture étrangère ne comprendrait qu'un renvoi marginal. Il faut dire la même chose pour le cas où des surcharges seraient écrites d'une main étrangère. Il y a plus, et Potbier enseigne qu'un seul mot qui serait écrit d'une autre main dans le corps de l'acte, rendrait le testament nul, alors même que ce mot serait superflu [2]. En effet, ce mot serait l'indice de la participation d'un tiers, participation toujours suspecte qui prive le testament olographe du caractère de liberté, d'indépendance, de recueillement individuel qui est son essence.

1468. Observez, néanmoins, que pour qu'un interligne écrit d'une autre main viciât le testament, il faudrait qu'il fut constant qu'il en fut partie, *puté* par l'approbation que le testateur aurait faite de l'interligne; autrement il serait au pouvoir d'un tiers, en la possession duquel un testament tomberait, de détruire ce testament en y insérant quelques interlignes, ce qui ne saurait être.

1469. Bien que la participation d'un tiers soit prosaïque dans la confection d'un testament olographe, il ne faut cependant pas abuser de cette vérité; elle ne s'applique qu'au cas où cette participation se manifeste dans l'acte même de la célébration par une usurpation du ministère qui appartient au testateur seul. Mais elle n'aurait rien de condamnable, si elle consistait dans des faits éloignés, indirects, qui ne sauraient faire douter par eux-mêmes de l'indépendance d'esprit et de la plénitude de volonté du testateur.

Ainsi, il arrive tous les jours qu'un homme du monde, craignant de se tromper sur l'expression légale de ses dernières intentions, se fait

donner un modèle de testament et le copie. Ceci est aussi légitime qu'usuel. Le tiers n'a fait que donner un conseil et rappeler une règle; le testateur n'en a pas moins été le seul ministre du testament en s'y conformant.

1470. Voici quelque chose de plus.

Un aveugle peut employer un secours officieux pour régler son écriture; cette assistance étrangère est permise pour qu'il puisse conserver la mesure et le niveau des lignes, poser sa main, la faire avancer et descendre, marquer les points, et renouveler l'encre; ce sont là des secours matériels qui n'ont pas à la volonté du testateur sa puissance indépendante. La tierce personne, qui prête son secours, n'est qu'un agent secondaire, mécanique et obéissant. Au contraire, le testateur est le véritable ministre de l'acte; c'est lui qui y met son effort, son action réfléchie, sa participation personnelle et volontaire! On ne pourrait déciler le contraire que s'il eût été entièrement passif, que si sa main eût été entièrement conduite par une direction étrangère, et si, par l'ensemble des faits, il était prouvé qu'il eût reçu une direction comme un instrument obéissant [3].

1471. Puisque le testament olographe a été établi par condescendance pour les testateurs, afin de leur laisser l'usage de la forme la plus aisée et la plus libre, on n'exige pas certaines sévérités qui sont requises dans la rédaction des actes publics. Il suffit que le testament soit revêtu des trois conditions posées par notre article, pour qu'on se montre facile sur le reste, si, d'ailleurs, la volonté du disposant se montre sans ambages.

1472. Ainsi, par exemple, lors même que le testament serait écrit et signé au crayon, il ne serait pas moins valable. Un homme peut par sa profession, un pasteur, par exemple, être éloigné des habitations; il peut n'avoir pas d'encre. Pourquoi lui serait-il défendu de tracer ses dernières volontés avec le crayon dont il est porteur? Il suffit que l'on rencontre, dans son écrit, une expression formelle, une marque certaine de l'adhésion personnelle : *in tabulis, aut chartis membraneis, vel in aliâ materiâ*. Un écrit au crayon n'est pas moins un écrit; s'il est plus fragile qu'un écrit à l'encre, s'il n'est pas indélébile, il n'en est pas moins pourvu d'un

[1] Merlin, *Répert.*, v° Testament, p. 747.

[2] *Donat. testam.*, ch. 1, § 2.

[3] Nunez, 19 février 1846. Cassat., rej. du pourvoi, req., 28 juin 1847 (Devill., 48, 1, 216).

Ann. Le soubre-mot de naissance, qui sert à écrire, peut faire un testament olographe; mais il ne suffit pas, pour la validité du testament, qu'il soit matériellement écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; il doit conster, en outre, que ce dernier avait écrit dans

l'acception légale de ce mot, c'est-à-dire exprimer par lui-même ses idées par écrit sans secours de modèle ou tout au moins qu'il savait lire et comprendre l'écriture d'autrui. Br. 19 déc. 1822 (*Jurisp. de Belg.*, 1822, 2, 329).

Le soubre-mot de naissance peut aussi faire un testament dans la forme mystique s'il sait lire et écrire et s'il comprend ce qu'il lit et ce qu'il écrit. Liège, 22 fév. 1836 (*Jurisp. de Belg.*, 1837, 2, 377).

caractère suffisant de durée pour constater au moment du décès quelle a été la pensée du défunt [1], et l'on aurait tort de le comparer aux caractères fugitifs tracés sur la poussière. N'oublions pas que le testament olographe est le plus libre, le plus simple, le plus spontané de tous les actes.

1473. Rien n'empêche que le testament olographe soit écrit sur plusieurs feuilles, et il n'est pas nécessaire que chacune soit signée ou paraphée. Il peut même être écrit sur deux feuilles volantes, pourvu que leur liaison puisse être établie par des indications tirées *ex ipsomet testamento, non aliunde*.

L'espèce suivante s'est présentée à la cour de cassation : j'en ai connu à la chambre des requêtes, et elle m'a paru digne d'intérêt.

Leyraud, alors député de la Creuse, demandait l'exécution d'un testament olographe fait à son profit par un sieur Meunier, qui l'instituait son légataire universel. Ce testament était écrit sur le recto de deux feuilles séparées. Toutes les dispositions étaient écrites sur le premier feuillet qui était daté. Sur le second feuillet, on lisait : « Telles sont mes volontés testamentaires, qui » seront, j'espère, respectées. J'annule tout testament que je peux avoir fait sous date antérieure à celle-ci. Nérès, ce 29 juillet 1838. » Signé : Meunier. » C'est le sieur Leyraud qui avait réuni ces deux feuilles l'une à l'autre avec deux pains à cacheter. Elles portaient les traces d'un violent froissement.

Ce testament fut fortement critiqué. On se prévalut de sa forme singulière pour soutenir que ce n'était qu'un projet ; on disait que la première feuille ne se liait à la seconde par aucun lien nécessaire, matériel, grammatical ou intellectuel ; que l'institution portée sur la première, n'étant pas signée, était sans valeur, qu'elle ne pouvait se soutenir qu'en y rattachant la seconde feuille, laquelle pouvait aussi bien appartenir à tout autre corps d'écriture ; que rien n'empêchait de supposer qu'une troisième feuille, placée entre la première et la deuxième, contenait d'autres conditions modificatives. Le froissement du papier venait à l'appui de ce système.

Mais les circonstances de fait firent écarter, par la cour de Limoges, ces critiques assez plausibles en apparence.

Tout prouvait, en effet, que l'acte avait été écrit au même moment, avec la même plume, la même encre, la même pose de main, les

mêmes caractères ; qu'il y avait, par conséquent, un ensemble complet. La première feuille portait en outre, comme la seconde, la date de Nérès ; ce qui fortifiait le lien des deux corps d'écriture. Enfin, le testateur avait remis lui-même l'acte à Leyraud, pour lequel il avait de la reconnaissance et de l'affection. Et le caractère de Leyraud ne permettait pas de supposer l'existence d'une feuille intermédiaire qui n'aurait été supprimée que par fraude.

Ces motifs firent rejeter le pourvoi par arrêt de la chambre civile, du 21 juin 1842 [2].

1474. Quand le testament olographe renferme des interlignes écrits de la main du testateur, il n'est pas indispenable de les approuver. Le seul fait qu'ils sont écrits par le testateur les sauve de toute critique, puisque le testament est son ouvrage, qu'il en est le seul ministre, et qu'il importe peu que ces interlignes aient été mis après coup.

Il en est de même des ratures : rien n'oblige de les approuver. Ce qui est raté est retranché, parce que la dernière volonté y manque ; tout le reste subsiste.

On voit, par là, que les dispositions de la loi de l'an XI, sur le notariat, ne sont point applicables aux testaments olographes.

Ceci posé, il est clair que si la rature couvrait le nom du légataire ou de la chose léguée, la disposition serait viciée, parce qu'il y aurait preuve que le testateur n'a pas voulu la laisser subsister. « *Nihil interest inducatur quod scriptum est, an adimatur* [3]. »

1475. Un testament olographe n'a pas besoin d'être écrit sur papier timbré : la cour de Nîmes a même jugé qu'un testament olographe, écrit sur un livre de compte, était valable [4].

1476. D'après l'article 3 de l'ordonnance de 1735, un testament olographe, fait en forme de lettre missive, aurait été nul. Cet article portait en effet : « Nous que les dispositions qui seraient faites par lettres missives, soient regardées comme nulles et de nul effet. » Le législateur avait probablement pensé qu'une lettre missive ne porte pas avec elle un caractère assez déterminé, pour faire supposer que c'est sa résolution définitive que le testateur a voulu coucher par écrit [5].

1477. En est-il de même sous le Code Napoléon ?

Cette question a été controversée autrefois, plus qu'elle ne l'est aujourd'hui. Toullier pense que la disposition de l'art. 3 de l'ordonnance de

[1] Aix, 27 janvier 1846 (Devill., 48, 2, 30). Coin-Delisle, art. 970, n° 33. Marcadé, n° 2, sur l'art. 970.

[2] Devill., 42, 1, 377, 378.

[3] L. 16, D., *De adim. legat. Pand.* de Pothier, t. II,

p. 431, n° 10.

[4] 30 janvier 1810 (Dalloz, t. V, p. 635, 634).

[5] Pothier sur *Orléans*, *Introduc.*, t. XVI, n° 9. Fargol, 2, 7, 20.

1735, n'ayant pas été répétée dans le Code, se trouve implicitement abrogée, et qu'on peut tester par lettres missives [1].

Merlin, après avoir enseigné que le testament fait en forme de lettres missives est nul, est revenu de cette opinion et a soutenu avec force la validité de cette manière de disposer [2].

D'un autre côté, Bigot de Préameneu, dans l'exposé des motifs [3], dit formellement que, dans l'esprit du Code, « les dispositions faites » verbalement, par signes ou par lettres missives, ne sont pas admises. »

Quant à nous, nous ne voyons pas ce qui pourrait empêcher de regarder comme testament olographe une lettre missive qui contiendrait explicitement une institution d'héritier et qui du reste serait écrite, signée et datée de la main du testateur. Une déclaration si formelle serait autre chose qu'un témoignage vague d'affection [4]; ce serait l'exposition d'une volonté bien ferme et bien déterminée.

Nous sommes peu touché de l'opinion manifestée par Bigot; car trop souvent l'on trouve des erreurs et des contradictions dans les discours des orateurs du gouvernement. Consultons le bon sens et la vérité; leur réponse n'est pas douteuse.

Je sais bien que le dernier état de la jurisprudence romaine avait rejeté les dispositions par lettres [5], si ce n'est les partages du père entre ses enfants [6]. Il est cependant certain que, par le droit des Pandectes, on pouvait faire des legs et fidéicommiss par lettres [7]. Si, par la suite, cette jurisprudence echangea, c'est qu'on exigea plus de solennité pour ces sortes de libéralités, et que nulle écriture privée ne fut valable sans témoins [8]. Quoi qu'il en soit, on voit que, dans les points spéciaux où le droit romain admet les écritures privées, comme les partages entre enfants, il n'hésite pas à admettre les lettres, ainsi que Justinien le répète souvent dans la novelle 107. Pourquoi en serait-il autrement sous le Code Napoléon qui ne les proscribit pas? Il suffit qu'elles soient précises, formelles et dispositives. C'est, au surplus, ce qui aujourd'hui est généralement reçu dans la pratique, et cette question ne s'agit plus que dans les livres [9]. Il n'y a de controverse, au Palais, que sur le caractère

dispositif ou non des lettres produites comme testament [10].

1478. Ceci nous conduit à dire, d'une manière plus générale, que tout écrit quelconque, lettre ou autre, qu'on présenterait comme contenant les dernières dispositions d'un individu, ne pourrait être considéré comme testament olographe, que s'il se référait à une époque postérieure à sa mort, que s'il avait été fait en vue de la mort, en un mot, dans l'intention de tester.

Sans cette intention manifestée, l'acte devrait être considéré comme contenant une donation entre vifs. Écoutons Voet : « *Necesse videtur ut aliqua in donando mortis mentia fiat* [11]. » Dans le doute, on présume que la donation est entre-vifs plutôt qu'à cause de mort, le mot donner étant propre à la donation, et ne s'employant qu'imparfaitement dans les donations à cause de mort. Menochius [12] enseigne très-disertement cette doctrine : « *Cum nulla mortis mentio facta est in donatione, illa censetur donatio inter viros, sicut omnes scribunt : et quando verè sumus in dubio, præsuntur potius donatio inter viros quam causâ mortis. Extenditur hæc sententia ut habeat locum, etiam quando ab infirmo et ægrotante facta est; nam si nulla facta est mortis mentia, præsuntur inter viros.* » Tel est aussi l'avis de Fargole [13]. Il faut le suivre, en se gardant pourtant de l'exagérer.

Il suit de là que l'acte dont nous parlons n'étant pas un testament, puisqu'il n'aurait pas trait à la mort, ne pourrait pas non plus valoir comme disposition entre-vifs, puisqu'il ne serait pas revêtu des solennités voulues par la loi. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation, rendu sur les conclusions conformes de Merlin, le 6 thermidor an XIII [14].

Un autre arrêt du 5 février 1823 a corroboré cette jurisprudence, en rejetant le pourvoi contre un arrêt de la cour de Caen du 11 juillet 1820, qui avait décidé qu'un papier écrit, daté et signé de la main du sieur Hébert, et contenant ces mots : « Je donne à Marie-Catherine Lefrançois tout ce que je possède, » n'était pas un testament : car rien n'indiquait que cet acte eût trait à la mort, quoique le testateur fût

[1] Toullier, t. V, n° 578.

[2] *Repert.*, t. XVII, v° Testament, p. 660, col. 1, art. 5.

[3] Fenet, t. XII, p. 553.

[4] L. 17, D. *De jure codicill.* (Pant.) : « ... *Litteræ, quibus hæreditas promittitur, vel amici affectus ex-primuntur, vim codicillorum non obtinent.* »

[5] *Suprà*, n° 1465.

[6] Novelle 107.

[7] *Suprà*, n° 1465.

[8] *Suprà*, n° 1465.

[9] Colmar, 5 avril 1824 (Dalloz, 25, 2, 63).

[10] Bruxelles, 16 août 1807 (Dalloz, t. V, p. 625). Cassat., req., 24 juin 1828 (Devill., 9, 1, 116).

[11] *Ad Pand.*, *De mortis causâ donat.*, lib. 39, tit. 6, n° 1.

[12] *Præsumpt.*, 3, 36.

[13] T. 1, ch. 14, n° 8.

[14] *Repert.*, v° Testament, p. 748.

mort quatre jours après l'avoir écrit. Tout y est au présent. Le souscripteur donne actuellement, et non pour le temps où il n'existera plus [1].

Mais si l'écrit contient quelques mots qui ont trait à la mort, on fait prévaloir d'autres idées. Ainsi, un écrit dont l'auteur déclare donner ses meubles à sa domestique « si elle est encore à son service au temps de son décès », est un testament [2].

1479. La seconde condition requise pour que le testament olographe soit valable, c'est qu'il soit daté [3]. La date est une circonstance importante à connaître. On voit cependant par un fragment du jurisconsulte Modestin que chez les Romains la date n'était pas indispensable : « *Cum in testamento dies et consul adjecti non sunt, nihil nocet quominus valeat testamentum* » [4]. » Cependant différents textes prouvent que l'usage était de dater les actes testamentaires [5], et la novelle 117 exige expressément la date dans les testaments des pères entre leurs enfants.

On pensait généralement autrefois que la date n'était pas nécessaire dans les testaments olographes, et les coutumes n'exigeaient que l'écriture et la signature du testateur [6]. Mais, quoi qu'en dise Toullier, c'était une imprévoyance de leur part : la date, en effet, est très-utile pour apprécier les circonstances du testament, la capacité du testateur au moment de la confection, son intégrité d'esprit. Dumoulin parle d'un testament olographe dont la date lui servit à découvrir les vices [7], et Ricard assure que le même fait s'est présenté à lui dans sa pratique [8]; aussi l'article 38 de l'ordonnance de 1735 exige-t-il que le testament olographe contint à l'avenir la date des jour, mois et an [9].

1480. Cette ordonnance, comme on le voit, ne parle pas du lieu, et la jurisprudence était qu'on ne pouvait attaquer un testament olographe sous prétexte de l'omission, dans la date, du lieu où il avait été rédigé.

Doit-il en être de même sous le Code Napoléon ? Oui, sans aucun doute ; car si autrefois on ne tenait pas à l'énonciation du lieu, bien

que le testament olographe fût défendu dans certaines provinces, combien, à plus forte raison, ne doit-il pas en être de même sous le Code Napoléon, qui autorise le testament olographe dans toute la France, et rend, par cela même, inutile de savoir s'il a été passé dans tel lieu ou dans tel autre. Il y a plus, c'est que quand même le testament olographe eût été fait dans un pays étranger où cette forme est défendue, il n'en serait pas moins valable en France (article 999. Code Napoléon) ; l'indication du lieu paraît donc peu essentielle.

A la vérité le mot dater embrasse ordinairement l'énonciation du lieu : mais l'ordonnance de 1735 avait fait exception à cette règle pour les testaments, et le Code Napoléon montre, par son silence, qu'il n'a pas voulu innover à cet égard. On peut même dire que, dans le langage des lois, le mot dater ne se réfère qu'au temps (art. 42, 62, 1528, 1532, 1750, 2148, Code Napoléon, 18, 84, 110, 441, Code de commerce) [10].

1481. La date peut être écrite en chiffres, bien qu'il soit mieux de l'écrire en lettres [11].

1482. La date faisant partie du testament et tenant à sa solennité, doit être écrite de la main du testateur de même que le corps de l'acte.

Si la date était incertaine, nul doute que le testament ne fût nul ; car *idem est non esse, et non apparere* [12].

On ne considère pas comme date incertaine, celle-ci : « Fait le vendredi saint 1830, » ou « fait le premier jour de l'an, » ou bien, « fait la veille de Noël. » Ces dates sont évidemment certaines. La pluralité des dates n'est pas non plus une cause d'incertitude. Le testament peut avoir été rédigé en plusieurs jours.

Mais une surcharge de la date qui empêcherait de voir le chiffre vrai, ferait planer sur ce point une incertitude qui entraînerait la nullité.

1483. L'erreur de la date est comparable à l'incertitude. Mais, quand on prétend que la date est erronée, on ne peut le prouver que par le testament lui-même [13].

[1] Dalloz, 23, 1, 64. Merlin, *Répert.*, v° Testament, t. XVII, p. 734.

[2] L. 73, D., *De legat.*, 2°. L. 77, § 26, D., *cod. titulo*. Nîmes, 25 avril 1811 (Dalloz, t. 5, p. 623). Aix, 23 août 1825 (Dalloz, 25, 2, 179. Devill., 8, 2, 134). Grenoble, 18 juillet 1838 (Deville., 39, 2, 138).

[3] Date vient du vieux mot *datum*, par lequel on terminait autrefois les actes : « *Datum die*, » donné tel jour et tel mois.

[4] Ce fragment dont parle Cujas sur la loi 20, D., *Qui testam. facere poss.*, lui avait été communiqué par son savant ami Pierre Pithou.

[5] Ulpian, l. 2, § 6, D., *Quemad. test. operantur*. L. 3, C., *Quemad. test. aper.* Cleéron, 13, *Adfam.*, 29.

[6] Coutume de Paris, 289. Coutume d'Orléans, 289.

[7] Coutume de Paris, § 96, n° 5.

[8] 1^{re} part., n° 1536 et suiv.

[9] *Infra*, n° 1725.

[10] Cassat., 6 janvier 1814. Nîmes, 20 janvier 1810 (Dalloz, t. V, p. 633 et suiv.). Merlin, *Répert.*, v° Testament, p. 600.

[11] Pothier sur Orléans, l. XVI, n° 8. Merlin, v° Testament, p. 593. Nîmes, 20 janvier 1810 (Dalloz, t. V, p. 633).

[12] Merlin, *Répert.*, v° Testament, t. XVII, p. 666.

[13] Douai, 25 avril 1845 (Deville., 45, 2, 463). Suprà, n° 1462.

1484. L'erreur de la date peut se suppléer par des inductions, ou de toute autre manière, pourvu que ce soit du testament même que pour la rectification [1]. C'est ainsi qu'un arrêt du parlement de Paris a déclaré valable un testament daté du mardi 9 mai 1736, quoique le mardi fût le 8. De même un autre arrêt a confirmé un testament portant la date du 21 juillet mil sept soixante-quatre. On considéra comme ne tirant point à conséquence l'omission du mot *cent*, que l'on suppléa par les circonstances données par le testament.

1485. A ce propos, nous rappellerons ce que raconte Dumoulin [2], à savoir : qu'après la mort de Gilbert, conseiller au parlement de Paris, arrivée le 9 août 1546, on trouva dans sa bibliothèque un testament daté du mois d'octobre de la même année. « Je fus consulté sur ce testament, dit ce grand jurisconsulte, et j'avisai qu'il était nul parce que la date étant postérieure au décès, on devait présumer que l'intention du testateur avait été de ne pas disposer avant le temps qu'elle désignait, » *non intendebat ante testari!* »

1486. Ceci prouve combien l'on doit être circonspect en pareille matière, et ce que l'on est enclin à prendre quelquefois pour une erreur, peut n'être que le résultat d'une volonté réfléchie. Il n'y a d'erreur proprement dite que lorsque l'énonciation est le fait évident de l'inadvertance, de l'oubli, du hasard, et c'est alors seulement que la rectification peut avoir lieu.

1487. Si la date incertaine, ou erronée, vicie le testament, à plus forte raison le testament est-il nul si la date est fautive. La fausseté de la date équivaut à l'absence de date; elle a même de plus graves inconvénients [3].

Le papier timbré sur lequel le testament olographe est écrit peut servir à prouver la fausseté de la date. Si, par exemple, il est prouvé que ce papier n'avait pas encore été mis en circulation à l'époque à laquelle le testament a été écrit, il résulterait de là une preuve de fausseté [4].

1488. L'inscription de faux n'est pas néces-

saire pour prouver une erreur ou une fautive date [5]. Il n'y a pas faux, dès l'instant qu'il est établi et non contesté que le testament a été écrit en entier, daté et signé par le testateur.

1489. Nous avons dit tout à l'heure, en passant, que les omissions, erreurs, inadvertances, peuvent être suppléées ou rectifiées par des preuves tirées du testament même. Ceci est fondamental en cette matière. Toutes les présomptions qui viennent *aliunde* n'ont aucune force; on n'admet que celles que le testament fournit dans son contexte : « *Ex propriis verbis testamenti*, » dit Menochius, « *ex verbis scriptis* » *in testamento non extrinsecus* [6]. » Il n'y a pas de doctrine plus certaine [7] et plus utile à garder [8].

C'est pourquoi, un certain Decanes ayant laissé un testament daté de 1841, dans lequel il n'y avait ni l'indication du jour, ni celle du mois, ce testament a été déclaré nul parce qu'on ne pouvait y suppléer par le testament même [9].

En contraire, toutes les fois que le testament a offert des moyens de réparer l'erreur ou l'omission, les juges n'ont pas hésité à s'attacher à ces preuves intrinsèques [10]. La jurisprudence offre trop d'exemples de ce point de droit, pour que je veuille les passer en revue : je me contenterai d'en rapporter un seul.

Rousca, peintre en bâtiments, après avoir quitté son commerce, se retira à Marolles avec sa femme. Celle-ci mourut le 28 décembre 1849. Aussitôt, Rousca sort de la chambre mortuaire, passe dans une pièce voisine, y saisit un fusil, et monte à l'étage supérieur; moins d'une heure après une détonation se fait entendre. Rousca venait de se donner la mort. Ce suicide fut sur-le-champ constaté. L'autorité intervint; on trouva sur la table une lettre adressée au maire de Marolles. C'était un testament olographe, testament non daté, par lequel Rousca disposait de sa fortune montant à 12,000 francs au profit de sa sœur et de sa nièce.

Comme le testament n'était pas daté, les frères de Rousca, héritiers naturels, en deman-

[1] Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. 2, § 1, art. 6, n° 3. Toullier, t. V, n° 361. Grenier, n° 228 bis. Donations, t. IX, n° 39.

Ann. Br., cass. 4 déc. 1824 (*Jurisp. de Belg.*, 1824, 183.).

[2] Sur Paris, § 96.

[3] Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, t. XVII, p. 668, n° 10. Bruxelles, 4 décembre 1824 (Devill., 7, 2, 453).

[4] Cassat., 4 janvier 1847 (Devill., 47, 1, 357). Bruxelles, 4 décembre 1824 (Devill., 7, 2, 453).

[5] Cassat., 1^{er} mars 1832 (Devill., 32, 1, 263). Bruxelles, 4 décembre 1824 (Devill., 7, 2, 453).

[6] *Præsumpt.*, IV, 19, 7.

[7] Mantica, *De conjec. ultim.*, vol., 3, 49, 18. Furgole, 5, 4, 18. Ravez, *Consulation* (Devill., 43, 2, 469).

[8] Cassat., 26 décembre 1832. Cassat., 9 mai 1833 (Devill., 33, 1, 11, 527). Cassat., 3 janvier 1839 (Devill., 39, 1, 433). Rouco, 14 avril 1847 (Devill., 48, 2, 447).

[9] Cassat., 3 mars 1846 (Devill., 46, 1, 363).

[10] Cassat., 19 février 1818 (Devill., 3, 1, 435). Cassat., 12 juin 1821 (Devill., 6, 1, 453). Cassat., 2 mars 1830 (Devill., 9, 1, 461). Cassat., 3 janvier 1838 (Devill., 38, 1, 282). Cassat., 6 février 1843 (Devill., 43, 1, 214).

dèrent la nullité. Mais l'acte contenait une énonciation qui en précisait le moment avec autant de certitude que s'il eût été daté : c'est que Rousca demandait à son exécuteur testamentaire de le faire enterrer avec sa femme.

Aussi la cour d'appel de Paris (première chambre), décida-t-elle, par arrêt du 3 avril 1831, que d'après les circonstances et les énonciations du testament, la date en était circonscrite dans l'heure qui s'était écoulée entre la mort de la femme Rousca et le suicide du testateur [1].

1490. Les dispositions additionnelles sont facilement présumées se référer à la date apposée au corps de l'acte [2]. On doit supposer qu'elles ont été ajoutées aussitôt après les premières dispositions, et cette présomption devient d'autant plus forte, si les dispositions principales et additionnelles ont une liaison [3].

Si, parmi les dispositions additionnelles, les unes sont datées et les autres ne le sont pas, il faut examiner si les dispositions non datées ne reçoivent pas une date virtuelle par leur relation avec les parties datées [4]. En cette matière, l'interprétation est la loi souveraine, pourvu qu'elle puise sa base dans le testament même, et il ne faut pas se laisser dominer par les idées d'un formalisme exagéré [5].

1491. De là il suit que la place de la date de l'acte est indifférente : elle peut être au commencement ou à la fin, ou ailleurs, dans le contexte du testament. Il suffit qu'elle précède la signature, ou que du moins elle soit placée de manière à être certifiée par cette même signature. Comme exemple des misères de la jurisprudence, je pourrais dire qu'on a discuté beaucoup si une date placée au-dessous ou à côté de la signature était valable [6]. Il a été enfin reconnu qu'une date apposée au-dessous de la signature, c'est-à-dire, non à sa hauteur, mais à la hauteur du parafe, était bonne, lorsqu'il paraissait qu'elle avait été écrite de la même plume, de la même encre, de la même main et sans intervalle [7]. L'équité approuve cette décision conforme à des usages qui se sont établis dans la forme épistolaire des gens du monde ; elle s'étonne des rigueurs excessives auxquelles des esprits méticuleux se sont laissés quelquefois aller

par un sentiment de défaveur contre les testaments.

1492. Le testament olographe fait foi de sa date [8] : il est en effet tout aussi solennel que le testament authentique, en ce sens qu'il porte avec lui la preuve de ce qu'il contient. C'est une véritable loi qui commande à l'avenir. Le testateur est placé, en quelque sorte, à la hauteur d'un officier public qui imprime la certitude à l'acte dont il est le ministre.

C'est pourquoi, si la date du testament olographe est antérieure à l'interdiction du testateur, on ne sera pas fondé à soutenir qu'il a été antidaté, à moins que des preuves certaines de cette antidate ne soient administrées [9]. C'est pourquoi, encore, dans le concours d'un testament authentique et d'un testament olographe postérieur qui le révoque, on se tiendra à ce dernier testament comme faisant foi de son contenu.

A la vérité, l'écriture du testament olographe est sujette à vérification, ainsi que nous le dirons plus bas [10] ; mais une fois reconnue, elle fait preuve entière [11]. La loi serait en contradiction avec elle-même si, en ordonnant d'une part que le testament olographe fût daté, elle voulait de l'autre qu'il ne fit foi de sa date que du jour où, comme les autres actes sous seing privé, il aurait acquis date certaine par la mort du testateur ou par l'enregistrement. Autant vaudrait-il dispenser le testament olographe de la formalité de la date !

Nous avons dit qu'avant l'ordonnance de 1735, on tenait communément que le testament olographe ne devait pas être daté ; sous cette jurisprudence, il ne prenait date qu'au jour du décès du testateur.

Pourquoi l'ordonnance de 1735 fit-elle de la date une formalité des testaments olographes ? C'est parce qu'on considéra qu'il était indispensable de savoir à quelle époque le testateur avait testé, pour juger de son âge, de sa capacité ; on admit donc nécessairement dans ce système que l'indication de cette époque faite par le testateur devait mériter pleine foi. Comment peut-on dès lors, avec un peu de réflexion, assimiler, sous ce rapport, un testament olographe à un

[1] *Gazette des Tribunaux*, 6 avril 1831.

[2] *Cassat.*, req., 2 février 1807 (*Dalloz*, t. V, p. 636).

[3] *Mez*, 10 juillet 1816 (*Dalloz*, t. V, p. 636 et 637).

[4] *Cassat.*, 7 mars 1808 (*Dalloz*, t. V, p. 636).

[5] *Merlin, Répert.*, v° *Testament*, t. XVII, p. 737 et suiv.

[6] *Merlin, Répert.*, v° *Signature*, et v° *Testament*, t. XVII, p. 737. Liège, 22 février 1812 (*Devill.*, 4, 2, 43).

[7] *Cassat.*, 9 mai 1825 (*Dalloz*, 25, 1, 314). Paris, 13 août 1818 (*Devill.*, 3, 2, 353). Bordeaux, 12 janvier 1825 (*Devill.*, 8, 1, 5). *Cassat.*, req., rej., 11 mai 1831 (*Devill.*, 31, 1, 189).

[8] *Cassat.*, 20 avril 1821 (*Dalloz*, 24, 1, 121).

[9] *Ans. Br. cass.*, 12 avril 1825 (*Jurisp. de Belg.*, 1825, 1, 217).

[10] *N° 1498.*

[11] *Ricard*, part. 1^{re}, n°s 1361 et 1369. Voy. cependant *Furgole*, t. III, p. 409.

acte ordinaire sous seing privé, et le placer sous l'empire de la disposition de l'article 1328 du Code Napoléon? Voudrait-on, par exemple, que le testateur fût enregistrer son testament pour lui donner date certaine? Voudrait-on qu'il publiât le secret de ses volontés, lorsque précisément la loi n'a créé la forme olographe que pour donner aux citoyens les moyens de tenir leurs dernières volontés cachées? Aussi, les efforts qui ont été faits dans ces derniers temps pour soutenir que le testament olographe ne faisait pas foi de sa date, sont-ils venus se briser contre la sagesse des arrêts et la sagacité des magistrats [1].

1493. La troisième et dernière formalité requise dans le testament olographe, est qu'il soit signé de la main du testateur; c'est la signature qui rend parfait le testament olographe et sert à attester que tout ce que l'acte contient est l'ouvrage du disposant. C'est ce qui fait dire à Potbier [2]: « La signature doit être à la fin de l'acte, parce qu'elle en est le complément et la perfection. C'est pourquoi si le testateur avait, après et au bas de sa signature, écrit de sa main quelque disposition qu'il n'eût pas signée, cette disposition non signée serait nulle [3]. »

Rien n'empêcherait que la signature fût détachée du corps de l'acte, de manière à en être séparée par un intervalle en blanc plus ou moins grand.

1494. L'énonciation des noms du testateur vers la fin de l'écrit qualifié testament olographe peut être considérée comme une signature, lorsqu'elle est placée après toutes les dispositions constitutives du testament. Peu importe qu'après cette énonciation du nom, il y ait encore une suite d'écriture se liant aux dispositions testamentaires, si les mots qui suivent peuvent être jugés surabondants et inutiles [4].

Que si l'acte était ainsi terminé: « Fait et signé par moi, Michel-François Falla, de la commune de Loucin, canton de Hologne, ce 20 décembre 1809. » le testament serait évidemment nul, car il n'y aurait pas de signature. Le testateur n'aurait pas plus fait que s'il avait dit: « je soussigné Michel-François Falla, etc.; »

son nom ne se présenterait pas comme signature, mais comme complément d'une proposition au milieu de laquelle il se trouve; ce nom placé avant la date laisserait la date sans signature. Enfin, il aurait été apposé, non pour clore le testament, mais pour compléter une phrase dont le but unique aurait été d'annoncer l'intention de signer. C'est ce qu'a jugé la cour de Liège, par arrêt du 22 décembre 1812 [5].

1495. De quel nom le testateur doit-il signer? L'art. 211 de l'ordonnance de 1629 enjoignait de signer les actes et contrats du nom de famille, et non de celui des seigneuries, à peine de nullité; mais l'on sait que cette ordonnance ne fut pas suivie par les parlements. La loi du 25 juin 1790 ordonna qu'aucun citoyen ne pourrait prendre que le vrai nom de sa famille, et quoique cette loi ne répète pas la peine irritante de l'ordonnance du chancelier de Marillac, Toullier pense que le sort d'un testament pourrait être compromis si le testateur ne signait pas de son véritable nom, qui est le nom de famille, et s'il signait d'un nom de terre ou autre. Mais ce sont là des assertions frivoles, et cette question est plus claire que le jour. Le testament est valable pourvu qu'il soit signé du nom qui faisait connaître la personne de son vivant [6].

Il est vrai que Grenier hésite, un peu effrayé qu'il est par l'histoire devenue fameuse du procès en nullité intenté contre le testament de Massillon, évêque de Clermont, qui avait signé, suivant l'usage des évêques, † J.-B. évêque de Clermont. Grenier [7] nous apprend que les premiers juges se déclarèrent pour la validité et que, sur l'appel, on transigea. Mais c'est qu'on le voulait bien. Les noms ont été mis en usage pour désigner les individus et constater leur identité: « *Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt* [8]. » Si donc le nom qu'un individu appose au bas d'un acte de dernière volonté est celui sous lequel il a été connu dans la société, celui qui a toujours servi à le distinguer des autres individus, l'acte sera signé et le but de la loi rempli, encore que ce soit un nom de terre, un surnom, ou un nom de convention [9]; car la seule chose à voir est si l'individu est identifié. Toute signature qui

[1] Merlin, *Repert.*, v° Testament, p. 732, et t. XVII, *rod. verbo*, p. 792, et *etiam*, Quest. de droit, *rod. verbo* [2] *Donat. testam.*, p. 299, et *sur Orléans*, t. XVI, n° 8.

[3] Combinez ceci avec notre numéro 1491, qui en est l'interprétation béoigne.

[4] Rennes, 20 avril 1812. Cassat., 20 avril 1815 (Devill., 4, 1, 352).

[5] Merlin, *Repert.*, v° Signature, t. XVII, p. 386, col. 4.

[6] *Cassat.*, 23 mars 1824 (Devill., 7, 1, 490).

[7] N° 244.

[8] *Instit.*, de legat., § 29. Jolian., t. 8, § 2, II., De *hun. post. secund. tab. Gord.*, c. 4, C., De *testam.* Florent., l. 34. D., De *cond. et demonstr.*

[9] Voy. un arrêt de la cour de cassation du 23 mars 1824, qui, en rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Pau, a déclaré valable le testament de Joseph-Jacques Luiseau, évêque de Bayonne, qui n'était signé que des initiales de ses deux prénoms, précédés d'une croix, et suivis de ces mots: *Evêque de Bayonne*. Cette espèce est la même que celle à laquelle a donné lieu

remplira cet objet sera valable, et une règle contraire serait arbitraire et inepte (1).

1496. La cour de Corse a même jugé, sur nos conclusions conformes, qu'un testament signé du nom de baptême d'un individu était valable, parce que cet individu n'était appelé par ses concitoyens que par ce nom de baptême (*Pasquale*), suivant l'usage des paysans corses qui ne se désignent que par leurs prénoms, et négligent totalement leur nom de famille. Dans l'espèce, il n'y avait aucun doute sur l'identité de l'individu que toutes les parties convenaient être un certain *Pasquale Perinetti*, qui était désigné par ces nom et prénom dans le corps de l'acte.

1497. Le défaut d'orthographe dans la signature de l'individu ne pourrait nuire en aucune manière à la validité du testament, pourvu que l'identité ne laissât pas de doute. Merlin (2) a rappelé deux arrêts, l'un du parlement de Flandre, l'autre du parlement de Paris, qui ont jugé valables des testaments où l'on voyait le nom *Constantin* écrit *Constantin*, et le nom *Delau* écrit *Delooz*.

Il en serait de même si la signature, quoique peu lisible ou mal formée, comme il arrive quelquefois dans la maladie, laissait cependant au juge la possibilité de reconnaître que le testateur a voulu écrire son nom (3).

1498. Le testament olographe ainsi écrit, daté et signé de la main du testateur, est parfait, et n'est assujéti à aucune autre forme. Il vaut comme acte public (4) et solennel (5). Il fait foi de sa date (6), ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (7). Il est tellement solennel, que la reconnaissance d'un enfant naturel y est valablement faite (8). Toutefois, l'écriture n'en est pas moins écriture privée (art. 999); et comme d'après l'art. 1324 du Code Napoléon, tout écrit privé doit être vérifié, lorsque la partie à laquelle on l'oppose déclare le méconnaître, il

s'ensuit que le testament olographe ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux et qu'il est sujet à vérification comme tous les actes sous seing privé, malgré ce que Furgole a pu dire à cet égard (9). Telle était l'opinion dans l'ancienne jurisprudence. « Le testament olographe est « sujet à vérification, » dit Bourjon (10), et c'est aussi ce qu'ont jugé des arrêts en très-grand nombre (11).

1499. Mais sur qui retombe la charge de faire cette vérification? Est-ce au légataire institué à y faire procéder? Est-ce, au contraire, à l'héritier du sang? On a beaucoup disserté là-dessus, et malgré d'imposants arrêts de la cour de cassation, la controverse n'est pas finie (12).

Distinguons quelques cas pour nous retrouver dans ce mélange d'opinions contraires. Et d'abord supposons que le testateur a lui-même déposé son testament chez un notaire, et reconnu, en le déposant, qu'il est entièrement écrit de sa main. En pareil cas l'écriture est reconnue (13); il n'y a même pas lieu à vérification (14).

Allons plus loin, et supposons que le testament olographe n'ait pas reçu, du vivant du testateur, ce cachet de certitude.

Il est tout d'abord évident que, lorsque le légataire se présente à un héritier à réserve pour demander l'effet du testament, la seule méconnaissance de cet héritier suffit pour arrêter le légataire, paralyser son titre, et l'obliger à prendre l'initiative de la vérification. Le légataire est nécessairement obligé de demander la délivrance à l'héritier à réserve. Il est toujours demandeur à l'égard de ce dernier. Rien ne le place en dehors des principes du droit commun relatif à la vérification d'écriture et de la règle : *Incumbit onus probandi ei qui dicit* (15).

Jusqu'ici nulle difficulté possible.

1500. Maintenant plaçons le légataire uni-

le procès relatif au testament de Massillon. La cour de cassation s'est fondée sur ce que la signature mise au bas du testament litigieux est celle que l'évêque de Bayonne employait habituellement dans tous les actes qu'il sousscrivait (Devill., 7, t. 420). Merlin, *Rep.*, v° Signature, t. XVII, p. 584, col. 1, n° 2.

Ann. *Jurisp. de Belg.*, 1824, 2, 321).

[1] Paris, 7 avril 1848 (Devill., 48, 2, 217). Bourges, 19 août 1824 (Devill., 7, 2, 428).

[2] *Repert.*, v° Signature, § 3, art. 4, p. 634 et suiv.

[3] Merlin, *loc. cit.*

[4] Orléans, 30 décembre 1817 (Devill., 48, 2, 286).

[5] Coutume d'Orléans, art. 289.

[6] Douai, 15 avril 1845 (S. Devill., 45, 2, 463).

Nancy, 15 juillet 1845 (Devill., 45, 2, 469). Cassat.,

11 juin 1810 (Dalloz, t. V, p. 651).

[7] N° 1492.

[8] Cassat., rej., 5 septembre 1806 (Devill., 2, t. 285). Merlin, *Repert.*, v° Filiation, n° 3, et Toullier,

t. VII, n° 953. Voy., cependant, cassat., 7 mai 1833 (Devill., 33, 1, 355), et Chabot sur l'art. 756 et Duranton, t. II, p. 213.

[9] Ch. 2, sect. 6.

[10] *Droit commun*, t. II, p. 203, lit. 9, part. 2, ch. 1, sect. 1, n° 3. Pothier sur Orléans, t. XVI, n° 10.

[11] Colmar, 12 juillet 1807 (Devill., 2, 2, 276). Bruxelles, 21 juin 1810 (Devill., 3, 2, 292). Cassat., 13 novembre 1816 (Devill., 5, 1, 246).

Ann. Br., 18 juillet 1827 (*Jurisp. de Belg.*, 1828, 2, 247).

[12] Merlin, *Repert.*, v° Testament, t. XVII, p. 778,

sect. 2, § 4, art. 6, n° 5.

[13] Art. 1522, C. Nap.

[14] Pothier sur Orléans, t. XVI, n° 10. Bayle-Monillard sur Grenier, t. II, p. 647.

[15] Ann. Br., 18 juillet 1827 (*Jurisp. de Belg.*, 1828, 2, 247). — *Id.*, Br., 28 mai 1828.

versel en présence d'un héritier du sang non réservataire.

On verra par l'article 1008 du Code Napoléon que le légataire universel, en vertu d'un testament olographe ou mystique, est tenu de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président [1]. Cette ordonnance le mise en possession a été prescrite par la loi pour donner au testament olographe ou mystique l'exécution parée qui lui manque; elle a pour but d'unir à la saisine de droit (art. 1004) la saisine de fait, la possession effective que le légataire ne saurait prendre en vertu d'un acte qui, malgré sa solennité, n'est cependant qu'un acte sans seing privé [2]; elle est un moyen de protéger le droit des parents intéressés et de rassurer la société.

C'est pourquoi les héritiers du sang peuvent intervenir pour s'opposer à l'envoi en possession, et, dans ce cas, leur déclaration qu'ils méconnaissent l'écriture du défunt peut suffire, suivant l'apparence des circonstances, pour arrêter l'envoi en possession et mettre par conséquent le légataire universel dans la nécessité de faire vérifier l'écriture du testament [3]. Il peut aussi en être de même (toujours suivant la vraisemblance et la gravité des circonstances), lorsque les héritiers naturels font opposition à l'ordonnance de mise en possession [4]; leur opposition peut être portée devant le tribunal avec un caractère de vraisemblance si grave qu'elle remette en question la mise en possession, qu'elle la tienne en suspens, et que le légataire universel ne puisse en obtenir le maintien, qu'en prouvant que le testament est bien de la main du défunt [5]. Mais il est non moins certain, d'après la jurisprudence, que le juge est chargé d'apprécier, suivant ses lumières et sa conscience, la force de la méconnaissance de l'écriture de la part de l'héritier naturel, et que si cette méconnaissance lui paraît vague, douteuse ou hasardée, il peut, sans attendre la vérification qui se fera plus tard, ou envoyer le légataire en possession par une ordonnance rendue conformément à l'art. 1008 du Code Napoléon, ou le maintenir dans le bénéfice de l'ordonnance déjà antérieurement rendue et frappée d'opposition. Alors le légataire universel est nanti en

vertu d'un titre auquel provision est due, et il garde la saisine de fait tant que les héritiers du sang n'ont pas établi leurs prétentions [6]. C'est aussi ce qui arrive lorsque la mise en possession a été ordonnée sans procédure contradictoire, sur la seule requête du légataire universel et sans opposition. Cette ordonnance est un acte qui a donné au testament une exécution parée; quand, ensuite, l'héritier du sang vient agir en pétition d'hérédité et en délaissement, il rencontre dans ce précédent le principe d'une possession qui rejette sur lui tout le poids de la preuve.

De là il suit que l'héritier du sang, réduit à demander le délaissement de la succession à un légataire qui possède légalement, ne l'obtiendra (à moins qu'il n'y ait eu une surprise probable) qu'en prouvant que l'écriture n'est pas de son auteur. Car ce n'est pas avec un doute exprimé, ou même avec une négation, qu'il fera tomber la saisine de droit et de fait dont son adversaire a le bénéfice. C'est ce que la cour de cassation a décidé par plusieurs arrêts [7]. Et voici le résumé de sa jurisprudence: Le testament olographe est investi par la loi d'un caractère et d'une force d'exécution qui lui sont particuliers, puisqu'elle donne la saisine de plein droit au légataire universel institué dans cette forme, lorsqu'il n'y a pas d'héritier à réserve. A cette saisine se joint la possession de fait au profit du légataire universel qui a rempli les conditions exigées par les art. 1007 et 1008. Or, la saisine de droit et la saisine de fait étant réunies, c'est à ceux qui veulent les attaquer en renversant le titre, à en prouver le vice, suivant la maxime: « *Onus probandi incumbit ei qui dicit*. »

J'avoue que ce raisonnement me paraît tellement puissant, que je ne puis pas ce qu'on y peut répondre.

1501. Beaucoup d'auteurs, cependant, ne s'y sont pas rendus; ils ont enseigné comme règle invariable, que, malgré l'ordonnance de mise en possession, la seule méconnaissance de l'écriture faite par l'héritier du sang doit mettre à la charge du légataire la vérification de l'écriture [8], et un grand nombre d'arrêts de cours d'appel se sont rangés à cette opinion [9]. Mais malgré les dissertations et les consultations que

[1] *Infra*, n° 1824.

[2] Art. 999, *Code Nap.*

[3] *Cass.*, 15 novembre 1816 (Dalloz, t. V, p. 664).

[4] *Infra*, n° 1820. Arg. d'un arrêt de Paris du 11 août 1809 (Dalloz, t. V, p. 670).

[5] *Même arrêt*.

[6] Arrêt de Rouen du 28 mars 1816, et arrêt du 2 février 1818 de la chambre civile de la cour de cassation, qui rejette le pourvoi (Dalloz, t. V, p. 671).

Ann. Br., 29 janv. 1825 (*Jurisp. de Belg.*, 1825, 2, 26).

[7] 28 décembre 1824 (*J. Palais*, t. XVIII, p. 1268). 10 août 1825 (Devill., 8, 1, 175. Dalloz, 22, 1, 464).

16 juin 1830 (Devill., 9, 1, 542). 20 mars 1833 (Devill., 33, 1, 307. Dalloz, 33, 1, 431). 25 mai 1845 (*J. Palais*, 1845, t. II, p. 30).

[8] Merlin, *Repet.*, v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 4, art. 6, n° 5. Boncenne, t. III, p. 445. Dalloz, t. V, ch. 6, sect. 3, art. 5, n° 6. Zachariæ, t. V, p. 87, et ses annotateurs. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 663.

[9] Metz, 3 mai 1815 (Devill., 5, 2, 38). Bourges,

j'ai lues, malgré les plaidoiries que j'ai cent fois entendues, je n'ai jamais compris ce système. Ses partisans se fondent sur ce que le testament olographe est un acte sous seing privé, et ils se retranchent obstinément dans les art. 1525 et 1524 du Code Napoléon. Ils ne voient pas que, quoique acte sous seing privé, le testament olographe est régi par le droit spécial des articles 1006, 1007 et 1008 de ce même Code; que l'envoi en possession, prononcé par le juge, est un fait d'une importance évidente, attaché au caractère incomparable de cet écrit, qui se différencie de tous les autres, et qui est dans une classe à part.

Dans le système que nous repoussons, on est fort embarrassé de la possession donnée au légataire universel afin de légaliser sa position; on sent bien que la dénégation de l'héritier du sang, qui n'est qu'une simple allégation, quelquefois un doute fort léger, ne saurait débusquer le possesseur de son retranchement. Alors, pour tourner la difficulté, on a imaginé de convertir la possession du légataire universel en une détention à titre de séquestre judiciaire [1]. Mais quoi de plus arbitraire, quoi de plus opposé au respect que la possession a toujours mérité? Voilà une possession qui a été attribuée par le juge, lequel est intervenu en vertu de la loi pour donner à l'acte l'exécution parce qu'il lui manque naturellement; et l'on viendra fouler aux pieds cette œuvre de l'autorité publique;

on traitera cet écrit, sur lequel elle a imprimé son *pareatis*, comme le premier chiffon de papier veu; on renversera, sur une simple dénégation, sur un simple doute, des positions ainsi acquises!! Non! la possession, et surtout la possession d'une hérédité ne doit pas rester en suspens; on n'en échange pas ainsi les effets; on ne la soumet pas à de tels caprices.

Je veux bien accorder, cependant, que si la dénégation de l'héritier est appuyée de vraisemblances desquelles il résulte que l'ordonnance a été surprise, le tribunal saisi du fond devra aviser et prendre les mesures commandées par les circonstances. Mais ce sera un accident dont il ne faut pas faire une règle. Il y a plus de testaments vrais que de testaments faux; il y a plus de méconnaissances d'écritures dictées par la chicane que par la conviction qu'un faux a été commis. Préférons la jurisprudence qui vient au secours de la bonne foi, à celle qui se range du côté des pièges de procédure et des calculs de la mauvaise humeur [2].

1502. Nous examinerons, quand nous parlerons du testament mystique, si un testament, nul comme mystique, peut valoir comme olographe [3].

1503. Terminons en faisant remarquer qu'il n'est pas nécessaire que le testament olographe soit écrit en français. Qu'il soit écrit en italien, en languedocien, etc., il vaut, puisqu'il est l'expression de la volonté du testateur [4].

ARTICLE 971.

Le testament par acte public est celui qui est reçu par deux notaires, en présence de deux témoins, ou par un notaire, en présence de quatre témoins.

SOMMAIRE.

1501. Du testament par acte public en droit romain et dans les pays coutumiers.
 1505. Le Code Napoléon ne reconnaît plus que les notaires pour recevoir ce testament. — Nombre des témoins ou des notaires.
 1506. Portée du mot testament sous le rapport de la solennité.
 1507. Le testament par acte public doit-il, chez nous comme en droit romain, être fait *in contratu*?
 1508. Le testament par acte public peut-il être expédié

en brevet?

1509. Le notaire peut-il se dessaisir de la minute sur la demande du testateur? — Renvoyé.
 1510. Décision du ministre des finances, quant à la délivrance des expéditions des testaments par acte public.
 1511. Le jure ne pournait, contre le vœu du testateur, ordonner la délivrance de l'expédition du testament, du vivant du testateur, sur la demande d'une partie se disant intéressée.

4 avril 1817 et 10 mars 1854 (Devill., 34, 2, 507). Montpellier, 19 juillet 1827 (Devill., 8, 2, 395). Lyon, 11 mars 1839 (Dalloz, 40, 2, 81). Aix, 12 juin 1840 (Dalloz, 41, 2, 13).

[1] Aix, loc. cit.

[2] En ce sens, Toullier, t. V, n° 503; Grenier, n° 292, 4°; Darauton, t. IX, n° 46; Coin-Delisle sur

l'article 1008, n° 17; et plusieurs arrêts de cour d'appel conformes à la jurisprudence de la cour de cassation: Bordeaux, 12 avril 1868 (Devill., 43, 2, 390). Caen, 4 avril 1812 (Devill., 1812, 2, 336), etc., etc.

[3] *Infra*, n° 1634.

[4] La loi 21, § 4, C., *De test.*, décidait qu'on pouvait tester en grec.

COMMENTAIRE.

1504. Le testament par acte public s'appelle quelquefois testament nuncupatif, parce qu'il remplace le testament nuncupatif écrit, en usage dans les pays régis par le droit romain, et consacré par l'article 4 de l'ordonnance de 1735. Il se faisait avec l'assistance de sept témoins, y compris le notaire chargé de recueillir la disposition par écrit. Le testateur devait le dicter intelligiblement (ce qui était la nuncupation), et, après lecture donnée, l'acte devait être signé par le testateur, les témoins et le notaire [1].

Quant aux codicilles qui, comme on sait, comportaient moins de solennité, l'ordonnance voulait qu'ils fussent faits en présence de cinq témoins, y compris le notaire [2].

Dans les pays coutumiers on avait aussi l'usage du testament par acte public. Il était reçu par deux notaires ou tabellions, ou par un notaire ou un tabellion, en présence de deux témoins. Le testateur dictait sa volonté; on lui en donnait lecture, et il signait avec les notaires, ou avec le notaire et les témoins [3]. Ce règlement était commun aux codicilles qui, en pays de coutume, ne différaient en rien des testaments.

Dans plusieurs coutumes que l'ordonnance de 1735 n'avait pas abrogées, on admettait les curés et les officiers de justice à recevoir des testaments comme les notaires [4].

On voit que le testament public, dont nous parlons, n'était autre que le testament nuncupatif écrit des pays régis par le droit romain, avec un peu moins de solennité.

1505. Le Code Napoléon a pris un terme moyen entre l'usage suivi en pays de droit écrit, et l'usage adopté par les pays de coutume. C'est la cour de Bordeaux qui le proposa [5].

Il veut que le testament nuncupatif écrit ou (comme il dit) par acte public soit reçu par deux notaires assistés de deux témoins, ou par un notaire assisté de quatre témoins.

Mais il ne reconnaît plus que les notaires comme personnes capables de rédiger et de recevoir les dernières volontés des particuliers. Toute coutume contraire est entièrement abrogée.

1506. Le mot testament a, sous le rapport de la solennité, une portée qu'il ne faut pas perdre de vue. Il embrasse toutes les parties de l'acte d'où résulte la preuve d'une dernière volonté. Ce n'est pas seulement le témoignage porté par le testateur de sa volonté, c'est encore le cortège des formalités nécessaires pour donner à cette volonté son caractère authentique [6]. D'où il suit que l'acte n'est complet et valable qu'autant qu'il se développe régulièrement dans tout ce qui est exigé du testateur et ce qui est prescrit au notaire [7]. C'est en cela que consiste la réception.

1507. Le Code Napoléon ne dit pas si, comme dans le droit romain, le testament nuncupatif doit être reçu *uno contextu*. Il ne s'explique, à cet égard, que relativement au testament mystique. Du silence de la loi on doit conclure que cette formalité n'est pas exigée à peine de nullité [8]. Mais la prudence la conseille aux notaires. Dans l'intervalle des séances les révélations des témoins pourraient donner l'éveil aux personnes intéressées et provoquer des captations et suggestions [9].

1508. Nous avons dit ci-dessus [10] qu'il doit être gardé minute de l'acte de donation. C'est la disposition de l'art. 951. On ne trouve pas de texte pareil pour ce qui concerne les testaments par acte public; mais la loi du 25 ventôse supplée à ce silence [11]. Elle dit que les notaires seront tenus de garder minute de tous les actes qu'ils recevront. On a cependant prétendu que le testament par acte public peut être passé en brevet par la raison que cet art. 20 autorise cette forme sommaire pour « les actes simples » qui peuvent être passés en brevet. « Les actes simples, dit-on [12], sont ainsi définis par l'ordonnance du 7 déc. 1725 : « Ceux qui n'ont « rapport à aucun titre ou acte, et ne con- « tiennent aucune obligation respective. » Or, c'est là, ajoute-t-on, une définition qui s'applique complètement aux testaments. Les testaments, en effet, sont des actes simples, puisqu'ils n'ont pour objet ni de reconnaître, ni de rectifier, ni de modifier des titres antérieurs, et qu'ils forment, à eux seuls, des titres primor-

[1] Art. 5 de l'ord. de 1735.

[2] Art. 14 de la même ord.

[3] Art. 23 *opusc.*

[4] Coquille, *Instit. au droit français, ch. des Testaments*, C. Nivernais, ch. 35, art. 13. C. Orléans, art. 289, C. Paris, art. 289.

[5] Fenet, t. III, p. 198.

[6] Caen, 15 février 1849 (Devill., 42, 2, 199).

[7] Arrêt précité.

[8] Ann. Br., 5 décembre 1818 (*Jurisp. de Belg.*, 1818, 2, 265).

[9] Merlin, *Répert.*, v° Testament, sect. 2, § 2, art. 5, *Infra*, n° 1651.

[10] N° 1040.

[11] Art. 20.

[12] Merlin, *Répert.*, v° Notaire, t. XVII, p. 222 et suiv., sect. 3, n° 6.

diaux, et que, d'un autre côté, ils ne contiennent aucune obligation synallagmatique, ou même unilatérale, puisque les testateurs ne s'obligent à rien.

A quoi on peut ajouter que, dans l'ancienne jurisprudence, bien que l'usage général fût que les notaires retinssent minute des testaments pour acte public, néanmoins il arrivait quelquefois que, sur la demande du testateur, le notaire passât l'acte en brevet pour le lui remettre [1]. Mais la loi du 25 ventôse a posé des règles précises, qui ne laissent pas place à cette pratique relâchée. Il nous suffit de rappeler la définition que le rapporteur de la loi de ventôse an xi donnait de ces mots *actes simples* [2] : « Ce sont, disait-il, ceux dont le contenu, la nature et les effets ne présentent qu'un objet » ou intérêt en lui-même simple et passager. « Un tel langage peut-il s'appliquer à cet acte si grave, si solennel, qu'on appelle le testament public, à cet acte qui renferme le *supremum defuncti judicium*, et où le notaire est le ministre de ce qu'il y a de plus élevé dans la volonté de l'homme, et de plus semblable au pouvoir du législateur [3] ? »

Du reste, un avis du comité de législation du conseil d'Etat du 7 avril 1821 [4] a tranché la question dans ce sens, et il suffira d'indiquer les considérants qui l'ont déterminé :

« Considérant qu'aux termes de l'art. 20 de la loi du 25 ventôse an xi, les notaires sont « tenus de garder minute de tous les actes qu'ils « passent ;

« Que, suivant le même article, il n'y a d'exception à cette règle que pour les actes simples qui peuvent être expédiés en brevet ;

« Que les actes simples sont, ainsi que le mot l'indique, ainsi que la déclaration de 1723 l'entendait, ainsi que le rapporteur de la loi de ventôse l'a expliqué, ceux dont le contenu, la nature et les effets ne présentent qu'un objet, ou un intérêt simple en lui-même et passager ;

« Que l'on ne peut dès lors comprendre sous

« la dénomination d'actes simples, les testaments qui, quant à leur contenu, à leur nature et à leurs effets, sont sans contredit « les actes les plus sérieux et les plus solennels ;

« D'où la conséquence que les actes simples ne peuvent être expédiés en brevet, et doivent « être nécessairement passés en minute. »

1309. Le testament serait donc nul si le notaire le passait en brevet [5].

Mais il n'en serait pas de même si, après en avoir gardé minute, il venait à s'en dessaisir et à remettre cette minute entre les mains du testateur [6] ; la validité d'un acte ne peut dépendre d'un fait d'incurie, de négligence, ou d'impuissance, postérieur à sa passation et imputable au dépositaire.

On peut seulement se demander si le testateur, voulant révoquer son testament, peut s'en faire remettre la minute. C'est un point que nous examinerons plus tard dans le commentaire de l'art. 1038 [7].

1310. Rien ne défend, du reste, au notaire de délivrer au testateur une expédition de son testament. Il est vrai que l'art. 7 de l'édit du 19 mars 1693 l'interdisait expressément ; mais une décision du ministre des finances, du 28 avril 1809 [8], a autorisé les notaires à délivrer aux testateurs expédition de leurs testaments, sans même qu'il fût besoin de les faire préalablement enregistrer.

1311. Mais le juge pourrait-il, sur la demande d'une partie intéressée, ordonner la délivrance d'une expédition du testament par extrait, si ce testament renfermait, par exemple, une reconnaissance d'enfant naturel ? La négative est évidente. Un testament ne peut faire titre pour personne du vivant du testateur. Les dispositions qu'il renferme, soit qu'elles consistent en libéralités, soit qu'elles aient un autre objet, ont un caractère ambulatorio et secret, et ne sont destinées à recevoir d'exécution qu'après le décès du testateur. Il n'est donc permis à personne d'en exciper [9].

[1] Ferrière, *Science parfaite du notaire*, t. 22.

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Notaire*, t. VIII, p. 626, § 3, a cité ce passage.

[3] Junge Coiz-Deleste, n° 41 et suiv., sur l'art. 971.

[4] Sirey, 25, 2, 82.

[5] Junge Grenier, n° 277 et 277 bis. Bayle-Mouillard sur Grenier, note, mêmes n°. Rolland de Villargues, *Répert.*, v° *Minute*, n° 99. Duranton, t. IX, n° 61. Poujol, art. 971, n° 8.

[6] Coiz-Deleste, n° 51, sur l'art. 971. Bayle-Mouillard sur Grenier, note sur le n° 277 bis.

[7] *Infra*, n° 2114.

[8] Sirey, 9, 2, 270. Art. 1038, n° 2115.

[9] Voy., en ce sens, un arrêt de la cour d'Amiens du 9 fév. 1826 (Devill., 8, 2, 188). Voy., en sens contraire, un arrêt de Bastia du 5 juillet 1826 (Devill., 8, 2, 254), qui nous semble renverser toutes les idées fondamentales en matière de testament.

ARTICLE 972.

Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un des notaires, tel qu'il est dicté

S'il n'y a qu'un notaire, il doit être également dicté par le testateur, et écrit par ce notaire.

Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture au testateur, en présence des témoins.

Il est fait du tout mention expresse.

SOMMAIRE.

1512. Importance des formalités substantielles du testament par acte public.
1513. Division.
1514. Un notaire et de son ressort, d'après la loi du 25 ventôse an xi.
1515. Un notaire, interdit de ses fonctions, ne pourrait recevoir un testament.
1516. Application qui pourrait être faite de la loi *Barbarus Philippus* à un notaire mineur.
1517. Le notaire ne doit avoir aucun intérêt dans les dispositions du testament qu'il est chargé de recevoir.
1518. Il faut que le notaire reçoive l'acte comme notaire.
1519. L'acte ne serait pas nul parce que le notaire aurait négligé de mentionner son nom et sa résidence.
1520. De la responsabilité du notaire.
1521. De la dictée. — *Quid* de l'interrogation?
1522. C'est en présence des témoins que la dictée doit être faite.
1523. Il suffit que le notaire rende fidèlement, en écrivant, la pensée du testateur.
1524. Le notaire peut aider au développement de l'idée du testateur.
1525. Si le testateur a dicté les dispositions en patois, le notaire peut-il, en écrivant, se servir du langage vulgaire?
1526. Dans tous les cas, il est nécessaire que les témoins comprennent l'idiome employé par le testateur.
1527. Autrement, ils ne seraient pas des témoins dans le vrai sens du mot.
1528. Le notaire doit écrire les dispositions du testateur, à mesure et telles qu'elles lui sont dictées.
1529. Le notaire peut rédiger en français un testament qui lui est dicté en langue étrangère, mais en faisant connaître qu'il a donné au testateur l'interprétation de sa rédaction.
1530. De l'écriture. — Il faut que le notaire écrive lui-même.
1531. Si le testament est reçu par deux notaires, tous deux peuvent alternativement écrire.
1532. De la lecture au testateur.
1533. Elle doit avoir lieu en présence des témoins.
1534. Comment doit se faire la lecture, lorsque le testateur et les témoins n'entendent pas la langue française?
1535. De la mention expresse. — Pour quelles raisons elle est exigée?
1536. Sur quelles formalités doit porter la mention expresse?
1537. 1^{re} Mention de la dictée par le testateur. — Définition de la dictée.
1538. Conséquences.
1539. Du reste, il n'est pas nécessaire de mentionner que la dictée a été faite en présence des témoins.
1540. La mention de la dictée peut être remplacée par un équivalent, *adéquaté et identique*.
1541. La mention de la dictée ne peut être détruite que par l'inscription de faux. — Renvoi.
1542. 2^e Mention de l'écriture par le notaire. — Elle est nécessaire, quand bien même il serait certain que l'écriture est celle du notaire.
1543. Les équivalents, ici encore, sont admissibles, à la condition d'exprimer identiquement la même chose. Exemples.
1544. Les mots *rédiger, dresser, faire*, se rapportent plutôt à une opération de l'esprit qu'à une opération de la main.
1545. A moins que des modifications de détail n'en viennent changer le sens.
1546. Le mot *reçu* n'est pas un équivalent suffisant pour remplacer le mot *écrit*.
1547. Affaire *Duchâtenet*. — On ne doit admettre comme équivalents que les mots parfaitement synonymes, et tels qu'il ne s'y puisse figurer quelque différence.
1548. Le notaire doit-il, non-seulement mentionner qu'il a écrit le testament, mais encore qu'il l'a écrit tel qu'il lui a été dicté?
1549. La place de la mention de l'écriture est indifférente.
1550. 3^e Mention de la lecture au testateur. — 4^e Mention de la présence des témoins à cette lecture.
1551. La mention de la lecture au testateur peut résulter d'équivalents.
1552. Il en est de même de la mention de la présence des témoins à la lecture; mais il ne faut pas qu'il puisse y avoir d'équivoque.
1553. Affaire *Frangerville*. — Doubte sur l'observation de la mention de la présence des témoins à la lecture, résolu par la cour de cassation contre la validité du testament.
1554. Opinion de Toullier contraire à cette solution.
1555. Quei qu'en dise Toullier, la cour de cassation n'a jamais varié sur ce point. — Examen du premier arrêt émis par Toullier.
1556. Examen du second arrêt.
1557. Examen du troisième arrêt.
1558. Examen du quatrième arrêt.
1559. Réfutation de l'opinion de Toullier.
1560. Résumé, sur ce point, de la jurisprudence de la cour de cassation.
1561. La place de la mention de la lecture est indifférente.

1362. Il faut qu'il soit constant, dans la mention, qu'il s'agit de la lecture de tout le testament, à peine de nullité.
1363. A moins que la disposition additionnelle, non comprise dans cette mention de lecture, n'ait d'autre but que d'expliquer une disposition un peu obscure.
1364. Cette exception, toutefois, ne s'applique pas à un renvoi qui se rapporte au corps du testament.
1365. Ces mentions expresse peuvent-elles être placées dans la bouche du testateur ?
1366. Quand un testament contient les mentions expresse requises par la loi, on ne peut être admis à prouver autre chose que ce qu'elles énoncent, sans inscription de faux.
1367. Du reste, les témoins instrumentaires peuvent être entendus sur la vérité des énonciations contenues dans l'acte argué de faux.
1368. Leurs dépositions, toutefois, ne doivent pas, sans de graves motifs, faire annuler le testament.
1369. Des formalités prescrites par la loi sur le notariat. — Elles sont applicables aux dispositions testamentaires.

1370. Des formalités prescrites par cette loi au sujet des noms des témoins instrumentaires.
1371. L'indication du lieu de la passation de l'acte est-elle nécessaire sous la loi de ventôse ?
1372. L'énonciation de la demeure des témoins doit-elle être exactement indiquée ?
1373. Quel est de la date de l'année et du jour ? — De l'erreur de date et de la rectification qui peut avoir lieu.
1374. Un testament par acte public ne saurait être annulé pour fausse date, par cela seul que, commencé le soir du jour dont il porte la date, sa dictée a été interrompue jusqu'au lendemain matin par une défaillance du testateur.
1375. Malgré l'art. 16 de la loi sur le notariat, la surcharge de la date n'entraînerait point la nullité du testament.
1376. Si le testament ne vaut pas comme acte public, il ne peut valoir d'aucune autre manière.
1377. La signature du notaire doit avoir lieu en présence du testateur; mais la mention de la signature est inutile.

COMMENTAIRE.

1312. Après avoir dit ce que c'est que le testament public, le Code en détaille les formalités dans l'article que nous analysons et dans les articles suivants. Nous allons le suivre pas à pas; tout ce qu'il prescrit est de la plus haute importance et la peine de nullité est prononcée contre l'omission d'une seule des solennités qu'il exige [1]. (Art. 1001, Code Napoléon.) Les tribunaux se sont toujours montrés sévères sur l'exécution des articles du Code qui nous occupent en ce moment. Sans doute, les testaments sont favorables et l'on doit suivre de préférence l'interprétation la plus bénigne, « *magis ut res* » *test quam perat dispositio*. » Mais quand la formalité substantielle manque, il y a pour l'héritier naturel, qui a aussi son degré de faveur, un droit acquis dont les tribunaux ne le doivent pas priver.

Cependant, prenons garde de ne pas tomber dans un formalisme superstitieux. L'art. 972 ne prescrit aucune formule sacramentelle. Pour que son vœu soit rempli, il suffit que l'accomplissement des formalités prescrites ressorte manifestement de l'ensemble de la rédaction [2].

1313. Notre article roule sur plusieurs points importants; il s'occupe :

- 1° Du notaire;
- 2° De la dictée;
- 3° De l'écriture;
- 4° De la lecture au testateur et aux témoins;
- 5° De la mention expresse.

Ce sont autant de points qui doivent attirer notre attention, sans que pour cela nous de-

vions perdre de vue la loi du 25 ventôse an xi, sur le notariat, qui se combine avec le Code.

1314. Pour que le notaire puisse instruire, il faut qu'il se renferme dans l'étendue de son ressort : c'est là seulement qu'il est officier public; partout ailleurs, il n'est qu'une personne privée.

Avant la loi de l'an xi, cette question avait été fortement controversée. De graves auteurs [3] soutenaient qu'un acte reçu par un notaire hors de son territoire, n'était pas nul. Une loi du 18 brumaire an ii portait même que les actes reçus par les notaires hors des limites du département dans l'étendue duquel leur résidence était fixée, ne pourraient être annulés du chef de l'incompétence de ces officiers.

Mais il ne peut y avoir de doute sur ce point, depuis que la loi du 25 ventôse an xi défend à tout notaire d'instruire hors de son ressort, à peine de nullité et de tous dommages et intérêts (art. 6 et 68).

L'art. 5 de la même loi fixe ainsi qu'il suit le ressort des notaires.

Les notaires des villes où siège une cour impériale exercent leurs fonctions dans tout le ressort de la cour.

Ceux des villes où il n'y a qu'un tribunal de première instance, dans l'étendue du ressort de ce tribunal.

Ceux des autres communes, dans l'étendue du ressort de la justice de paix.

Un testament fait par un notaire hors de son ressort serait donc nul.

[1] Furgole, ch. 3, n° 15.

[2] Cassat., 7 décembre 1846 (Devill., 47, 1, 71).

[3] Baequet, *Droit de justice*, t. 3, ch. 35. Loysseau, *Offices*, t. 6, 100.

1515. Il en serait de même si le notaire était interdit de ses fonctions; car il n'aurait plus de caractère public.

A plus forte raison, une décision semblable devrait-elle être portée, si la personne qui avait reçu l'acte avait usurpé les fonctions de notaire, sans en avoir été revêtu par le titre du souverain, ou bien si ce notaire, quoique nommé par l'empereur, n'avait pas prêté serment devant le tribunal de première instance. La bonne foi du testateur et des témoins ne pourrait être d'aucune considération, et c'est vainement qu'on invoquerait la fameuse loi *Barbarius Philippus*, 3, D., *De offic. prætor.* Cette loi est dans le cas d'un esclave que le peuple romain avait nommé prêteur sans connaître sa qualité de personne servile. Mais il n'en est pas moins vrai que cet esclave avait le titre de préteur. Dès lors, le jurisconsulte pensa qu'on devait respecter ses actes dans l'intérêt public, d'autant que le peuple aurait pu le relever de sa condition d'esclave, s'il l'eût connue. On voit que cette loi est inapplicable à notre espèce, et personne ne saurait dire que, dans le cas posé, la bonne foi des parties peut donner existence au testament.

1516. La loi *Barbarius Philippus* serait seulement applicable, si, par exemple, le notaire nommé par le souverain était mineur. Quoique régulièrement une personne en âge de minorité ne puisse être appelée à des fonctions de notaire, ses actes n'en seraient pas moins bons aux yeux de la loi; car les parties qui voient une nomination peuvent alléguer une juste cause d'ignorance [1]; et d'ailleurs n'est-il pas au pouvoir du souverain de donner des dispenses d'âge?

1517. Il ne suffit pas que le notaire ait toutes les qualités habituelles voulues par la loi, il faut encore « qu'il n'ait aucun intérêt au testament qu'il est chargé de recevoir. »

L'art. 8 de la loi du 25 ventôse an xi porte que les notaires ne peuvent recevoir des actes qui contiendraient quelques dispositions en leur faveur. Et l'art. 68 ajoute que tout acte fait en contravention à cette défense sera nul comme acte public et ne pourra valoir que comme acte sous seing privé, s'il est signé des parties [2].

1518. Enfin, il faut que le notaire reçoive l'acte comme notaire. Sa présence comme témoin ne pourrait servir pour autre chose que

pour le faire considérer comme témoin; mais on ne pourrait s'en prévaloir pour lui donner la qualité d'officier public, sous laquelle il ne s'était pas présenté à la rédaction de l'acte.

Pour qu'on puisse considérer le notaire comme ayant agi en cette qualité, il n'est pas absolument nécessaire qu'il ait articulé dans l'acte son titre d'officier public [3]. Si l'acte était revêtu des solennités nécessaires pour les actes publics, et qu'il ne fût pas contesté que celui qui l'a reçu fût notaire, ce serait en vain qu'on en querellerait la validité devant les tribunaux [4].

1519. D'après l'article 12 de la loi sur le notariat, le notaire doit mentionner son nom et sa résidence; sans cela il encourrait une amende de 100 francs. Mais il n'est pas vrai qu'à la peine de 100 fr. contre le notaire, on doit ajouter la nullité contre les parties [5].

1520. Nous avons cité, il n'y a qu'un instant, l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an xi, qui rend les notaires responsables des nullités par eux commises dans les actes qu'ils reçoivent, et les rend passibles de tous dommages et intérêts. C'est même pour que cette responsabilité ne soit pas illusoire qu'on les a soumis à fournir un cautionnement (art. 55 de la même loi).

Cette responsabilité est fort ancienne dans la jurisprudence française. D'Argentré disait sur l'un des articles de la coutume de Bretagne : *Notarius de dolo et imperitiâ tenetur* [6].

Mais, tout en érigeant en loi cette responsabilité, l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an xi y ajoute la sage restriction, *s'il y a lieu*, parce qu'en effet il y a des cas où il peut n'y avoir ni faute ni dommage, cas qui ont dû être laissés à la prudence des tribunaux.

En parcourant tous les arrêts rendus sur la responsabilité des notaires, on peut s'assurer que, dans les commencements, beaucoup de tribunaux ont abusé de la latitude de la loi pour exempter d'une juste garantie des officiers ministériels qui, par négligence ou par ignorance de leurs devoirs, avaient omis dans des testaments des solennités indispensables, et occasionné la nullité d'actes si importants, si chers aux familles, si précieux pour celui qui, avant de mourir, a voulu régler le sort de son patrimoine [7].

Aujourd'hui les tribunaux sont plus sévères observateurs de la loi; ils se souviennent mieux

[1] Merlin, *Répert.*, v° Testament, p. 605, n° 4.

[2] Merlin, *Répert.*, v° Légataire, § 2, n° 20, et v° Témoin instrument., § 2, n° 3 et 16.

[3] Contra, Merlin, *Répert.*, v° Testament, t. XVII, p. 688, col. 2.

[4] Mascardi, *De probat. conclus.*, n° 45. Toullier, t. V, n° 386.

[5] Merlin, *Répert.*, t. XVII, p. 720, col. 2 et 3. *Infra*, n° 1569.

[6] Voy. cependant Furgole, qui paraît penser que le notaire n'est responsable que pour prévarication, t. VI, p. 354, ch. 12, n° 15, et Grenier, *Donat.*, n° 252, t. II, p. 355.

[7] De cite à titre de renseignement historique, mais non comme allusion au présent, les paroles d'un ancien auteur : « *Notarii sunt, ut plerumque, idiotæ, ignorant æneam et intellectum verborum quo fit ut eorum imperitiâ destruant mandatum et conscientias bonorum viro-*

du principe enseigné par Domat, à savoir : « qu'il faut mettre au rang des dommages causés par des fautes, ceux qui arrivent par l'ignorance des choses qu'on doit savoir. » Or, il n'y a pas de témérité plus inexcusable que de s'engager à faire des actes d'où dépend la fortune d'autrui, sans avoir les connaissances propres à son état [1].

1521. Passons à la dictée.

Comme on ne saurait trop se tenir en garde contre les suggestions qui peuvent assiéger les testateurs, la loi voulant que le testament contienne la volonté précise du testateur (*justa mentis nostrae testatio*), exige que le testateur dicte ses intentions, et qu'il en soit le seul et unique interprète.

Par cette disposition, empruntée à l'ancien droit, se trouve proscrite toute disposition faite à l'interrogation d'autrui; ce qui a lieu quand le notaire, ou toute autre personne, demande au testateur s'il veut telle chose qu'on lui propose, et que le testateur répond par un geste ou par une affirmation.

Il est vrai que, dans quelques cas, ces interrogations pourraient se faire sans fraude, sans idée de captation, et il ne serait pas impossible que la personne qui questionne ainsi le testateur n'agit que par la connaissance de ses véritables intentions qu'il ne pourrait lui-même expliquer et déduire d'une manière intelligible. Mais si, dans un cas pareil, il n'y a pas surprise, on peut au moins craindre qu'il y ait erreur; c'est pourquoi tous les doutes doivent être écartés en obligeant le testateur à prononcer lui-même de son pur mouvement ses dernières volontés [2]. Il ne suffit donc pas, qu'étant interrogé sur ses dispositions, il réponde simplement par un oui ou par quelque autre parole qui démontre son consentement [3].

1522. La dictée doit se faire à intelligible voix, non-seulement en présence des notaires ou du notaire, mais encore des témoins. C'est ce qui résulte de l'article précédent qui veut que le testament soit reçu en présence des témoins. Or, nous avons dit que le mot « reçu » comprenait la dictée et l'écriture [4].

Si les témoins n'étaient pas présents à toute

la série des opérations dont se compose le testament, il y aurait évidemment nullité.

1523. La dictée n'exige pas que le notaire reproduise identiquement et matériellement les paroles du testateur; il suffit que la pensée en soit fidèlement retracée par le notaire [5]. Ceci est maintenant constant en jurisprudence.

1524. Il y a plus, et quand le testateur a clairement exposé son idée, il n'est pas défendu au notaire d'aider à son développement.

Un testateur, après avoir légué des pièces de terre par leur nom, s'était fait aider soit par le notaire, soit par les témoins instrumentaires pour en désigner les confrontations. On prétendait que cela suffisait pour faire décider que ce testament n'avait pas été dicté. Mais ce n'était qu'un secours à donner au testateur pour ne laisser aucun doute sur des intentions déjà exprimées par lui. Et le moyen ne fut pas admis [6].

1525. Lorsque le testateur ne sait pas parler la langue française, et qu'il ne peut exprimer ses idées que dans le patois du Midi, comme sont les hommes rustiques en Provence, en Languedoc, en Gascogne et en Guienne, ou en italien, comme dans le département de la Corse, le notaire, que la loi oblige à écrire le testament tel que le testateur l'a dicté, peut-il se servir du langage vulgaire? Cette question, importante pour beaucoup de départements de la France, trouvera mieux sa place dans le paragraphe suivant où nous traitons de ce qui concerne l'écriture. Nous nous bornerons à dire ici que le testateur peut, sans difficulté, manifester sa pensée dans la langue qui lui est propre, pourvu qu'il soit entendu du notaire et des témoins. C'est ce que prouve la loi 21, § 4, C., *De testam.*, qui, lorsque le testament se fût débarrassé des formes étroites du droit civil primitif, reconnut la validité du testament fait en langue grecque [7].

1526. Mais, quelle que soit la langue dans laquelle s'exprime la volonté du testateur, il est une règle certaine, c'est que les témoins doivent la comprendre. A la vérité, on lit ce qui suit dans la loi 20, § 9, D., *Qui test. facere possunt*, « *Non tamen intelligentiam sermonis exigi-*

« *rum in periculo deducit, et quia nesciunt quod scribunt, plerumque testamentum voluntatis pervertunt.* » Mantica, *De conject. ult. volunt.*, lib. 1, tit. 10, n° 4. « *Unde Augel. in consil. 295 dicit se multum ridisse exoriri infinitos errores ex imperitiis tabellionum maxime in ultimis voluntatibus.* » (Id., loc. cit.)

[1] Toullier, t. V, n° 389.

[2] Furgole, *Test.*, V, 3, 32.

[3] Mantica, *De conject. ult. volunt.*, 2, 6, 10 et suiv. Fuchin, *Controu.*, 10, 17. Billig., *sur Douane*, 6, 21, 3. Merlin, *Répert.*, v° *Suggestion*. Cassat., 12 mars 1838

(Devill., 38, 1, 206. Palais, 1838, t. 1, p. 400).

[4] Voy. n° 1506.

[5] Cassat., 4 mars 1840 (Devill., 40, 1, 327. Palais, 1840, t. 1, p. 332). Cassat., 19 janvier 1841 (Devill., 41, 1, 333. Palais, 1841, t. 1, p. 707). Cassat., 15 janvier 1845 (Devill., 45, 1, 303. Palais, 1845, t. 1, p. 403).

[6] Cassat., rej., 22 juin 1843 (Devill., 44, 1, 303. Palais, 1844, t. 1, p. 337).

[7] « *Hinc etiam hinc legi prospectimus inserendum ut etiam graeci omnibus licet testari.* »

« *usus, Hoc enim D. Marcus Didio Juliano in*
 « *teste qui latinè non noverat, rescripsit; nam*
 « *si rei sensu percipiat quis, cui rei adhibitus*
 « *sit, sufficere* [1]. »

Mais Doueaud [2] et Furgole [3] disent que cette loi n'est applicable qu'au testament mystique et qu'il en doit être autrement dans le testament nuncupatif pour la validité duquel il est nécessaire que le témoin entende la volonté exprimée par le testateur de sa propre bouche, puisque c'est cette nuncupation qui fait l'essence de ce genre de testament. Tel est aussi l'avis de Ricard [4]. « Je ne fais de doute, dit-il, qu'il » ne soit nécessaire, pour la solennité de nos testaments, que les témoins qui y sont employés » entendent la langue en laquelle ils sont faits. »

On ne trouve rien de contraire à cette décision dans un arrêt de la cour de cassation du 14 juillet 1818 [5], qui souvent a été mal interprété. La cour de Nancy, par arrêt du 28 juillet 1817 [6], avait déclaré valable un testament dicté en français, quoique l'un des témoins instrumentaires n'entendit qu'imparfaitement la langue française; mais elle avait reconnu qu'entre ce témoin, dont la langue habituelle était l'allemand, et les autres témoins, le notaire et le testateur même qui avaient l'usage de cette langue, il y avait eu un moyen facile de communication réciproque, et qu'ainsi ce témoin avait pu acquiescer du fond même et de la substance des dispositions testamentaires, une perception aussi distincte que l'avaient pu acquiescer tous les autres témoins. En présence de ce fait reconnu par l'arrêt attaqué, la cour de cassation décida que la cour de Nancy n'avait fait qu'apprécier une faculté personnelle et qu'il n'y avait pas ouverture à cassation. Cet arrêt a été l'objet des critiques de Merlin [7] et de Toullier [8]. Mais ils ne l'ont pas compris. Ils n'ont pas fait attention qu'il y avait, dans l'espèce, un ensemble de faits desquels il résultait que le témoin avait été en communication, par le moyen de la langue allemande, avec tous ceux qui avaient coopéré à l'acte et surtout avec le testateur, et qu'on pouvait dire qu'il y avait eu en quelque

sorte deux dictées, l'une en allemand, l'autre traduite en français.

1527. Tout ceci résume suffisamment le sentiment de Daniels [9], qui pense que les témoins n'étant appelés que pour attester l'observation des formes extérieures, n'ont pas nécessairement besoin de comprendre l'idiome dans lequel la dictée se fait. Les témoins ne seraient pas des témoins dans le sens vrai du mot, si le fond même de l'acte échappait à leur connaissance [10].

1528. Le notaire doit écrire les dispositions testamentaires à mesure que le testateur les dicte; et comme la dictée ne peut avoir lieu qu'en présence des témoins, ainsi que nous l'avons établi [11], il suit que l'écriture doit avoir également les témoins pour spectateurs.

1529. L'officier ministériel doit écrire les dispositions telles que le testateur les a prononcées. C'est ce qu'exige notre article en termes qui ne sauraient être plus formels. Mais comment concilier cette obligation avec la loi [12], qui veut que les actes publiés soient rédigés en langue française, lorsque le testateur parle une autre langue? Est-il possible à un notaire, qui doit rédiger son acte en français, d'écrire le testament tel qu'il lui est dicté, quand le testateur ne parle, par exemple, que l'italien ou le languedocien?

Cette question a fait quelques difficultés dès l'origine [13]. Mais la cour de cassation a fixé la jurisprudence d'une manière invariable par son arrêt du 4 mai 1807 [14], en décidant que l'article 972 ne fait pas obstacle à ce que le notaire rédige en français un testament dicté dans une langue étrangère, par un testateur ne sachant pas le français, et que foi doit être ajoutée à ce testament [15]. Ce qui importe, c'est que la volonté du testateur soit scrupuleusement reproduite, sinon dans les mots, au moins dans tout ce qu'elle a d'essentiel au fond. Seulement, il faut que le notaire fasse connaître qu'il a donné au testateur l'interprétation de sa rédaction dans la langue parlée par celui-ci [16].

1530. Le notaire doit écrire lui-même.

[1] Pand. de Pothier, t. II, p. 176, n° 27.

[2] Doueaud, Comm., lib. 6, cap. 10, n° 9.

[3] Furgole, *Traité des testaments*, ch. 5, sect. 1, n° 8.

[4] Ricard, p. 1, n° 1606, p. 372.

[5] Sirey, 18, 1, 596. Devill., 5, 1, 500.

[6] Sirey, 18, 2, 89. Devill., loc. cit.

[7] Quest. de droit, v° Testament, p. 363, § 17, art. 4.

[8] T. V, n° 395, note 1, p. 566.

[9] Merlin, *Repert.*, add., v° Testament, t. XVII, § 2, n° 4, p. 623.

[10] Metz, 30 avril 1833 (*Palais*, 1833, t. I, p. 232. Devill., 33, 2, 350).

[11] N° 1529.

[12] Voy. notamment la loi du 2 thermidor an II, et l'arrêté du 24 prairial an II.

[13] Devill., 2, 2, 175 et 258.

[14] Devill., 2, 1, 882 (*Palais*, 6, 70).

[15] Merlin, *Repert.*, v° Langue française, p. 734. C'est l'identité de pensée et non celle de mots qu'exige le législateur (Toullier, t. V, p. 389). Ainsi la cour de cassation a jugé qu'un notaire pouvait rédiger à la troisième personne un testament (18 janvier 1809, Devill., 3, 2, 8). On est étonné qu'il ait fallu un arrêt pour décider une chose si énaire.

[16] *Infra*, n° 1554.

Avant l'ordonnance de 1735, on pensait communément que l'officier public qui recevait un testament n'était pas obligé de l'écrire de sa main. Mais les articles 5 et 23 de l'ordonnance de 1735 en disposèrent autrement, et les arrêts rendus sous l'empire de cette ordonnance n'hésitèrent pas à annuler les testaments que les notaires avaient fait écrire par leurs clercs [1]. Le Code a suivi l'ordonnance de 1735, et un testament serait évidemment nul si le notaire lui-même n'avait pas tenu la plume. C'est ce qui résulte des mots « il doit être écrit par le notaire. »

1531. Le testament est reçu par deux notaires; il peut être alternativement écrit par l'un et par l'autre, et si celui qui a commencé à écrire ne peut continuer par fatigue ou par tout autre motif, il peut céder sa place à son confrère. Tous deux ont, en effet, capacité égale pour recevoir le testament [2].

1532. Lorsque le testateur a mis fin à ses dispositions, il faut vérifier si le notaire a exactement recueilli toutes ses volontés, et c'est pour atteindre ce résultat que le législateur ordonne qu'il soit, par le notaire [3], donné lecture de sa rédaction. D'ailleurs, le testateur peut faire des additions à sa volonté; il peut réformer ou modifier quelques unes de ses dispositions. Il faut donc qu'avant de clore le testament, on lui fasse connaître l'ensemble des volontés qu'il a exprimées.

La lecture est une formalité tellement essentielle, que le testament serait nul si elle n'avait pas lieu.

1533. Et remarquez qu'il ne suffit pas que la lecture soit donnée au testateur, mais qu'il est nécessaire que les témoins soient présents à cette lecture, et cela à peine de nullité; car il faut bien qu'ils puissent assurer par leur signature que ce qui est écrit est conforme : 1° à ce qui a été dicté par le testateur; 2° à ce qui a été lu au testateur par le notaire.

1534. Si le testateur et les témoins n'entendent point la langue française, la lecture devrait être donnée par le notaire dans l'idiome qui leur est familier. Le notaire doit alors faire une tra-

duction aussi exacte que possible de ce qu'il a écrit, et s'attacher à rendre toute la force des pensées [4]. Par sa traduction et son interprétation, il s'établit une communication légale entre ceux qui parlent des langages différents : les notaires, officiers publics et assermentés, sont les interprètes naturels et officiels de ces actes, lorsque les parties n'ont pas l'usage de la langue française [5].

1535. Ce n'est pas assez que toutes les formalités que nous venons d'énumérer aient été observées, il faut encore que la preuve en soit donnée par le testament lui-même; car un testament, c'est-à-dire le plus solennel de tous les actes de la vie humaine, doit se soutenir par ses propres forces, sans avoir besoin de secours extrinsèques. Inutilement ferait-on la preuve testimoniale de l'observation des formalités prescrites par la loi, si cette preuve ne résultait pas nécessairement du contexte de l'acte. Voilà pourquoi la loi exige qu'il soit fait mention expresse que les formalités ont été remplies; à défaut de cette mention, la loi suppose qu'elles ont été omises.

Il ne faut pas croire, cependant, que quoique le législateur ait cru utile d'ordonner que les solennités des testaments seraient remplies exactement et à la lettre, il ait entendu prescrire de ces pratiques superstitieuses qui, suivant l'expression de d'Aguesseau, sont comme une espèce de piège tendu aux notaires, et par eux aux testateurs [6]. Rien n'empêche que l'équipollence n'y soit reçue, pourvu que cette équipollence atteigne *adéquatement* et *identiquement* le but du législateur [7].

Merlin [8] développe très-bien les motifs qui ont porté le législateur à exiger la mention expresse des solennités ordonnées pour la validité des actes de dernière volonté. Le premier de ces motifs, dit ce jurisconsulte, est pour garantir, le second pour constater l'observation de ces mêmes solennités. Un grand but a dirigé, dans tous les temps, ceux qui ont été chargés de faire des règlements sur les dispositions de dernière volonté. C'est de prévenir les suggestions et les erreurs. De là des formalités plus minu-

[1] Furgole, ch. 2, sect. 5, n° 7. « C'est une précaution très-sage, dit-il, pour éviter aux fraudes et afin qu'on ne puisse pas toucher dans le testament des dispositions que le testateur n'aura point dictées. » *Junge Merlin, Répert., v° Testament*, sect. 5, art. 4, p. 607.

[2] Abs. Il ne faut pas nécessairement que lecture soit donnée par le notaire lui-même. Br., 18 avril 1827 (*Jurisp. de Belg.*, 1827, 2, 17).

[3] Furgole, *loc. cit.*, ch. 2, sect. 5, n° 8. Voy. aussi Taulier, t. V, n° 421.

[4] *Suprà*, n° 1529.

[5] Metz, 19 décembre 1816 (*Devill.*, 5, 2, 216).

Abs. Et pour ce qui concerne la langue flamande voy.,

Br., 17 juillet 1821 (*Jurisp. de Belg.*, 1821, 2, 129).

[6] T. 8, 9, p. 477, lettre du 30 décembre 1742 au premier président du parlement de Grenoble.

[7] Ricard, *Des donations*, part. 1, ch. 5, sect. 6, n° 1502 et 1504. « Les arrêts, dit-il, n'ont pas admis l'équipollence si elle n'est identique, et si ce qui est employé pour accomplir les formalités prescrites par la loi ne comprend son intention adéquatement et identiquement, pour me servir des termes de la philosophie. »

[8] *Répert., v° Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, p. 610 et suiv. Réquisitoire dans l'affaire Dachseneit.

teuses que dans les autres actes de la vie civile, et des solennités dont l'omission fait écrouler les dispositions les plus favorables. Il a donc fallu établir des garanties et des preuves de l'observation de ces formalités; la mention expresse est destinée à remplir ce double objet. Il y a garantie aux yeux de la loi dans la mention expresse. Car de deux choses l'une: ou le notaire ne se conforme pas aux solennités qui peuvent habiliter un testament, et cependant il constate qu'il en a été scrupuleux observateur, et alors il s'expose à la peine des faussaires. Or, le caractère public d'un notaire est revêtu, le sentiment d'intérêt personnel propre à chaque individu le porteront à observer fidèlement la loi plutôt qu'à attirer sur sa tête l'infamie et la perte de son état. Ou bien il observera les formalités prescrites sans le constater; mais comment la loi pourra-t-elle croire à cette observation lorsqu'elle voit le notaire oublier d'en faire mention, et s'exposer à des dommages et intérêts par une omission tout à fait invraisemblable? Car, si le notaire est assez versé dans son état pour connaître les solennités propres à un testament, il est impossible qu'il ignore l'obligation où il est de les constater; et s'il a pris soin de les observer, comment sa prudence l'aurait-elle abandonné tout à coup, pour lui faire oublier d'en porter la mention expresse dans le contexte de l'acte? La loi ne peut supposer deux choses aussi contradictoires: elle aime mieux croire, parce que la vraisemblance l'y contraint, que s'il n'est pas question des formalités, c'est qu'elles ont été négligées, et que le notaire, par une ignorance singulière de ses fonctions, ne connaissait pas plus les solennités d'où dépend la validité d'un testament, que l'obligation de faire mention de leur observation.

Nous disons, d'un autre côté, que dans la mention il y a preuve légale que le vœu de la loi n'a pas été trompé. Car le caractère du notaire, la présence des témoins qui n'auraient pas manqué de réclamer, celle du testateur qui, plus que tout autre, aurait eu intérêt à faire entendre ses plaintes, sont autant de preuves que la mention expresse ne constate que la vérité. Que d'inconvénients, d'ailleurs, si la preuve des solennités pouvait dépendre de moyens extrinsèques? En ce qui est du ressort de la preuve testimoniale, peut-on exiger que les témoins se souviennent, après un long temps, de circonstances de nature à s'effacer facilement de la mémoire? En ce qui touche la preuve par experts écrivains,

ne sait-on pas que la science de ces praticiens est conjecturale et trompeuse, ainsi que le disait Talon dans les conférences sur le projet d'ordonnance de 1670? Comment donc connaître l'exacte vérité? Pouvait-on abandonner à des moyens si incomplets, si fugitifs, la preuve des solennités qui habiliteront un acte placé au-dessus des règlements de la loi sur les successions *ab intestat*?

Toutes ces considérations prouvent que ce n'est pas par un pur formalisme que l'on exige la mention expresse des solennités propres au testament.

1536. Examinons maintenant les difficultés que peut présenter l'exécution de notre article. Il exige quatre choses bien distinctes:

- 1° Que le testament soit dicté par le testateur;
- 2° Qu'il soit écrit par le notaire;
- 3° Qu'il en soit fait lecture au testateur;
- 4° Que les témoins soient présents à cette lecture.

C'est de toutes ces formalités qu'il doit être fait mention expresse à peine de nullité; la loi ne reconnaît pour valables que les testaments dans lesquels la mention de ces quatre formalités est expressément écrite [1].

1537. Parlons d'abord de la dictée. Il est indispensable que le notaire constate que c'est le testateur qui a dicté lui-même les dispositions testamentaires.

Dicté, suivant l'Académie française, veut dire: prononcer mot à mot ce qu'un autre écrit en même temps. Voilà l'idée: le mot dicté n'est pas sacramentel; toute tournure qui exprimera cette idée *adequat* et *identité*, remplira le vœu de la loi.

D'après notre article, c'est aux notaires ou au notaire que le testament doit être dicté. Or, les termes « dicté à quelqu'un » se prennent dans deux acceptions différentes.

Ils signifient tantôt prononcer mot à mot devant quelqu'un ce qu'il écrit personnellement lui-même; et tantôt prononcer devant quelqu'un ce qui est écrit par un autre. C'est en prenant le mot dicté dans la première de ces acceptions que l'on dit: je viens de dicter une lettre à mon secrétaire. C'est dans le même sens que l'emploie l'art. 972 du Code Napoléon lorsqu'il décide que, « s'il n'y a qu'un notaire, le testament doit être dicté par le testateur et écrit par le notaire. » Alors la personne qui écrit est la même que celle à qui l'on dicte.

C'est dans la seconde acception que l'arti-

[1] Merlin, *Repert.*, v° Testament, loc. cit., p. 610, col. 2 in fine.

Ann. Voir arrêt de Gand, qui a décidé qu'il suffit que la constatation de l'accomplissement des forma-

lités voulues par la loi résulte de l'ensemble des dispositions du testament, combinées entre elles, 27 déc. 1839 (*Jurisp. de Belg.*, 1840, t. 35).

de 972 emploie le mot *dicté*, quand il dit : « Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un de ces notaires, tel qu'il est dicté. » On sent, en effet, que dans ce cas le testament ne pouvant et ne devant être écrit que par l'un des deux notaires, il est impossible que ces mots « leur est dicté » aient, par rapport à celui qui n'écrit pas, un autre sens que ceux-ci : prononcé devant eux [1].

Le mot « leur » a été inséré dans l'art. 972, sur une observation de Tronchet, « pour exprimer que la présence des deux notaires est nécessaire pendant la réception du testament [2]. »

1538. Il suit de ces dispositions et de ces explications deux choses importantes dans une matière où les moindres omissions ont les plus graves conséquences.

La première que, lorsque le testament est reçu par deux notaires, il n'est pas nécessaire de dire que le testament leur a été dicté ; qu'il suffit que l'acte constate que le testateur a prononcé ses dispositions en leur présence ; car c'est là le véritable sens du mot « dicté », employé dans cette partie de l'article [3].

La seconde que, lorsque le testament a été reçu par un seul notaire, il n'est pas nécessaire de dire que le testament a été dicté, et qu'il a été dicté au notaire ; car, dans le cas qui nous occupe, l'art. 972 n'a pas dit que le testament était dicté au notaire ; il a dit seulement que le testateur devait le dicté. D'ailleurs, puisque c'est le notaire instrumentant qui doit écrire *proprâ manu*, et que dicté veut dire ici prononcer ce que quelqu'un écrit en même temps, il est manifeste que ce ne peut être qu'à ce notaire que la dictée a été faite [4].

1539. Notre article n'exige pas que le notaire, en faisant mention expresse de la dictée, ajoute que cette dictée a été faite en présence des témoins ; la raison en est que cette circonstance résulte suffisamment du contexte de l'acte où il est dit que le testament a été reçu en présence de tels et tels témoins ; car la réception comprend, comme nous l'avons dit [5], la dictée

et l'écriture. Or, dire que le testament a été reçu en présence des témoins, c'est dire qu'il a été dicté en leur présence. *Pars in toto continetur* [6]. Un arrêt de la cour de Metz du 19 décembre 1816 [7] l'a jugé dans ce sens.

1540. Nous avons dit tout à l'heure que la loi ne prescrivant aucun terme sacramentel, les équipollents sont admissibles, pourvu qu'ils remplacent *adéquatement et identiquement* la disposition qu'ils sont destinés à suppléer ; c'est ainsi que la cour de Paris a décidé que la déclaration que le testament a été prononcé par le testateur, et écrit par le notaire à mesure que le disposant prononçait, est un équivalent de la mention de la dictée [8].

Mais il n'y aurait pas équipollence parfaite si au lieu du mot « dicté » ou bien de la périphrase employée dans l'espèce de la cour de Paris, il était dit dans le testament : « proféré » par sa propre bouche, et que les notaires ont « rédigé par écrit [9]. » En effet, il ne résulte pas de cette locution que le testament ait été écrit en même temps que le testateur prononçait mot à mot ses dernières volontés.

1541. Lorsque le notaire a constaté que le testament avait été dicté par le testateur, on ne peut détruire la preuve qui en résulte que par une inscription de faux. C'est ce que nous développerons dans un paragraphe suivant.

1542. Passons maintenant à la mention de l'écriture par le notaire. Puisque le notaire est obligé d'écrire lui-même le testament, il doit aussi mentionner expressément que c'est lui qui l'a écrit. Si la loi n'avait pas pris cette sage précaution, il eût été fort difficile et souvent impossible de s'assurer si le notaire avait rempli ses obligations. Car les témoins instrumentaires peuvent décevoir, et la preuve de l'écriture par experts est extrêmement douteuse. D'ailleurs, la minute du testament peut se perdre. Quelle garantie aurait-on alors de l'accomplissement de la solennité ?

Sous l'ordonnance de 1735, à la vérité, la jurisprudence n'était pas dans l'usage d'annuler les testaments où l'on ne trouvait pas la mention que les dispositions avaient été écrites de la main

[1] Merlin, *Répert.*, v° Testament, sect. 2, § 3, art. 2, p. 652, col. 1 et 2.

[2] Loaré, t. XI, p. 235.

[3] Merlin, *loc. cit.* Cassat., 19 août 1807 (Devill., 2, 1, 426).

[4] C'est ce qu'a jugé quatre arrêts de la cour de Bruxelles, des 25 mars et 25 juin 1806 (Devill., 2, 2, 128 et 133), 7 février 1807 et 16 janvier 1808 (Devill., 2, 2, 196 et 328). C'est aussi la doctrine de Merlin, *Répert.*, v° Testament, sect. 2, § 3, art. 2, p. 653, et add., v° Testament, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 2, quest. 4, p. 700 et seq.

[5] N° 1500.

[6] *Répert.*, v° Testament, sect. 2, § 3, art. 2, p. 653, col. 2, alinéa 2.

[7] Devill., 2, 2, 216. — *Ann. Br. ens.*, 17 mai 1819 (*Jurisp. de Belg.*, 1819, 1, 44). — Jugé aussi que le testament par acte public ne doit pas, à peine de nullité, faire mention expresse qu'il a été écrit en présence des témoins. *Br.*, 7 fév. 1825 (*Jurisp. de Belg.*, 1825, 1, 445 et 1819, 1, 44).

[8] 17 juillet 1806 (Devill., 2, 2, 139) et Douai, 28 nov. 1814 (Devill., 4, 2, 419). — *Ann. Br.*, 3 déc. 1818 (*Jurisp. de Belg.*, 1818, 2, 265).

[9] Arrêt du parlement de Paris, du 16 février 1717 (Ricard, p. 1, n° 1505).

du notaire. Mais la raison était que l'ordonnance ne le prescrivait pas (1).

Le Code a été plus loin par une précaution peut-être excessive, mais dont le but est d'empêcher que l'on ne couche dans le testament des dispositions étrangères à la volonté du testateur. Il veut d'abord, comme l'ordonnance de 1735, que le testament soit écrit de la main du notaire; il exige quelque chose de plus, c'est qu'il en soit fait mention expresse. Le défaut de cette mention entraînerait la nullité du testament (2).

Cette décision devrait avoir lieu encore bien qu'il ne fût pas contesté que l'écriture fût celle du notaire. Il suffit que la loi ait exigé la mention expresse que c'est le notaire qui a écrit le testament de sa propre main, pour que cette omission vicie le testament. En pareille matière, tout est de rigueur, et la loi doit être observée quand même, avec les plus minutieuses précautions.

1543. Notre article ne prescrit pas de mots sacramentels pour constater la formalité dont nous nous occupons, et les équipollents peuvent y être admis suivant la doctrine citée ci-dessus (3). Répétons que ces équipollents ne sont reçus qu'autant qu'ils ne laissent aucune incertitude et qu'ils remplissent identiquement l'objet, le but et l'idée du mot qu'ils sont destinés à remplacer (4).

Différentes cours ont donné des preuves de leur sévérité à n'admettre que des synonymes parfaits; il ne sera pas inutile d'en donner quelques exemples, afin de montrer combien il est périlleux de s'écarter, par la moindre déviation, du sentier frayé par le législateur.

Un testament finissait par ces mots : « Fait, lu, passé et rédigé de suite et sans interruption par ledit notaire. » La cour de Besançon l'annula, par la raison qu'il n'y avait pas la preuve qu'il eût été écrit par l'officier instrumentant. Le mot « rédiger, » employé comme synonyme, fut trouvé insuffisant. Il n'indique, en effet, qu'une opération de l'esprit, tandis que le mot « écrit » indique une opération de la main; on peut rédiger un acte, un mémoire, sans l'écrire soi-même, en le dictant à un secrétaire; on peut écrire sans rédiger, comme font les copistes et

ceux qui écrivent sous la dictée. Le même testament disait, à la vérité, qu'il avait été dicté par la testatrice, en sorte qu'on pouvait dire : la testatrice ayant dicté elle-même le testament, le mot rédigé ne s'applique évidemment ici qu'à l'écriture. Mais cette induction, qui avait porté le tribunal de première instance à maintenir le testament, pouvait n'être pas exacte; on ne dicte pas toujours ce qu'on a rédigé soi-même, en sorte que des mentions retenues dans l'acte, il résultait que c'était le notaire qui avait rédigé le testament, c'est-à-dire coordonné et mis en ordre les dispositions y contenues, et que la testatrice avait dicté d'après cette rédaction. Mais l'acte laissait ignorer complètement qui avait prêté sa main pour coucher ces dispositions par écrit sous la dictée de la testatrice. L'arrêt de la cour de Besançon fut confirmé par arrêt de la cour de cassation du 4 février 1808 (5).

1544. La cour de Turin a rendu une décision semblable à l'égard d'un testament dans lequel le notaire avait inséré que ce testament lui avait été dicté, qu'il l'avait rédigé, fait et dressé, et qu'il en avait donné acte. Par son arrêt du 22 février 1806 (6), elle décida que ces mots « rédiger, dresser, faire, » se rapportaient plutôt à une opération de l'esprit qu'à une opération de la main (7).

1545. Nous pensons, toutefois, que la question serait susceptible d'une solution différente, si le notaire disait qu'il a rédigé l'acte sous la dictée du testateur. Il est impossible de donner ici au mot « rédiger » l'acception véritable et de le prendre dans le sens d'une opération de l'esprit. Ces mots « rédiger sous la dictée » emportent deux idées inconciliables si l'on prend ces mots dans leur signification rigoureuse. Le notaire se serait donc servi d'une expression impropre, et la modification ajoutée au mot « rédiger » prouverait qu'il a été pris dans le sens d'écrire.

Nous en dirons autant du cas où le notaire aurait mentionné que « la testatrice a dicté les dispositions et qu'elles ont été rédigées par lui-même mot à mot à mesure qu'elle les a prononcées. » Ces expressions de détail sont ici encore exclusives du sens ordinaire que l'on attache au

(1) Furgole, *Testaments*, ch. 2, sect. 3, n° 86.

(2) C'est ce qu'a jugé la cour de cassation, le 10 thermidor an xiii, par arrêt rendu, sections réunies, sur les conclusions conformes de Merlin (*Repet.*, v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, de 609 à 617), et l'autorité de ce premier arrêt a été confirmée par un second, en date du 4 février 1808 (Devill., 2, 1, 483).

(3) N° 1535.

(4) Ann. Lorsque le testament par acte public est reçu par un seul notaire, il ne faut pas, à peine de nullité, qu'il contienne la mention que le notaire l'a écrit tel qu'il lui

a été dicté; cette mention peut, dans tous les cas, être faite en termes équipollents. Br., 2 nov. 1831 (*Jurisp. de Belg.*, 1832, 1, 72). — Liège, 3 janv. 1833 (*Jurisp. de Belg.*, 1833, 124).

(5) Devill., 2, 1, 483. Voy. aussi Merlin, *loc. cit.* p. 617.

(6) Devill., 2, 2, 118.

(7) La même espèce se représenta encore plus tard, et reçut une décision semblable par un arrêt qui fut confirmé, le 27 mai 1807, par arrêt de la cour de cassation (Devill., 2, 1, 394).

mot *rediger*, et ne peuvent s'appliquer qu'au fait matériel de l'écriture. C'est ce qui a été reconnu par un arrêt de Nîmes du 26 mars 1838 [1].

1546. La cour de Turin a décidé que la mention que le notaire « a reçu » le testament ne remplit pas le vœu de la loi, qui exige la mention expresse de l'écriture [2].

Le mot « reçu » englobe bien avec lui deux idées; celle de la dictée et celle de l'écriture. Mais il n'indique pas la personne qui a écrit, et comme il pourrait être tout aussi bien employé dans le cas où l'acte est écrit par un clerc, il s'ensuit qu'il est insuffisant [3].

Un cas non moins remarquable est celui-ci, qui a été jugé le 16 déc. 1806 par la cour de Toulouse [4]. Cet arrêt décide que la mention faite par le notaire qu'il « a retenu le testament au fur et à mesure qu'il lui a été dicté, » n'est pas équipollente à la mention que le notaire a écrit le testament tel qu'il lui a été dicté.

1547. Venons, maintenant, à la fameuse affaire Duchâtenet, dont nous avons déjà parlé lorsque nous avons cité l'arrêt de la cour de cassation du 10 therm. an xiii [5]. Cet arrêt n'a pas seulement jugé que le testament doit, à peine de nullité, contenir la mention que c'est le notaire qui l'a écrit; il a encore jugé que les mots « dicter au notaire » ne peuvent suppléer à la mention de l'écriture par le notaire. Ou disait, pour soutenir le testament de la demoiselle Letellier, attaqué par les héritiers *ad intestat* et défendu par le sieur Duchâtenet, légataire, que « dicter » voulant dire « prononcer mot à mot ce qu'un autre écrit en même temps, » ce mot présentait nécessairement l'idée de la testatrice qui dicte et du notaire qui écrit; que, par conséquent, le but de la loi était rempli.

Mais Merlin, qui portait la parole, montra, d'après le texte même de l'art. 972, que l'on peut dicter à quelqu'un qui n'écrit pas, comme par exemple, lorsque le testament est reçu par deux notaires, qu'on leur dicte les dispositions de dernière volonté, et qu'il n'y en a qu'un seul qui écrit. Dès lors, ce magistrat tira la conclusion que le mot dicter ne voulait pas dire que ce fût le notaire instrumentant qui eût écrit, puisqu'il pouvait aussi bien s'employer au cas où ce serait un clerc qui tiendrait la plume, ainsi que cela se pratiquait en plusieurs lieux avant l'or-

donnance de 1735; que le mot « dicter » était donc insuffisant pour peindre l'opération du notaire qui écrit, et que le Code l'avait si bien senti qu'il ne s'était pas contenté de dire que le testament serait « dicté par le testateur, » mais qu'il avait ajouté qu'il serait « écrit par le notaire. »

Merliu ajoutait un autre motif très-grave; c'est que si on eût attaqué le notaire pour faux, en supposant que ce ne fût pas lui qui eût écrit le testament, il eût été impossible de le condamner par cela seul qu'il avait énoncé que le testament lui avait été dicté; qu'aucun juge n'aurait pu voir dans cette énonciation l'allégation d'avoir écrit le testament; qu'ainsi ce qui n'était et ne pouvait être constant aux yeux de juges criminels, n'était et ne pouvait être constant aux yeux de juges civils.

Le sieur Duchâtenet eut beau dire que l'écriture n'était pas contestée, qu'il était impossible qu'aucun autre que le notaire l'eût écrite, la cour n'en maintint pas moins l'arrêt de la cour de Paris qui cassait le testament.

Cette décision, fameuse par les principes qu'elle consacre implicitement sur l'admission des équipollents, est devenue la règle des tribunaux. Nous avons vu les cours s'y conformer dans les arrêts que nous avons cités ci-dessus [6]. Il en résulte bien évidemment qu'on ne doit admettre comme équipollents que les mots parfaitement synonymes et tels, comme le dit Ricard [7], « qu'il ne s'y puisse figurer quelque différence. »

1548. On a mis en question s'il fallait que le notaire mentionnât, non-seulement qu'il a écrit le testament, mais encore qu'il l'a écrit tel qu'il lui a été dicté. La cour de Turin a jugé pour la négative par un arrêt du 16 avril 1806 [8], qui nous paraît excellent, et qui a été suivi d'autres arrêts rendus dans le même sens par plusieurs cours. En effet, le collationnement qui se fait après la dictée et avant la signature prouve, lorsqu'il n'y a pas de réclamations de la part du testateur et des témoins, que ce qui a été écrit est conforme à ce qui a été dicté. On remarquera d'ailleurs que l'article 972 n'ajoute pas les mots « tel qu'il est dicté, » en parlant du testament reçu par un seul notaire, et qu'il ne s'en sert que lorsqu'il parle du testament reçu par deux de ces officiers. Pourquoi cette différence entre deux cas qui sont absolument

[1] *Journal du Palais*, 38, 1, 633.

[2] 22 mars 1806 (Devill., 2, 2, 136).

[3] Un autre arrêt de la même cour, du 31 août 1808 (Devill., 2, 2, 434), a jugé de même une espèce semblable.

[4] Devill., 2, 2, 182.

[5] *Supra*, n° 1542.

[6] Voy. nos 1542 et suiv. — *Junge Liège*, 11 thermidor an xii. Paris, 5 frimaire an xii (Devill., 1, 2, 208, 165). Bruxelles, 29 nivôse an xi (Devill., 1, 2, 173).

[7] P. 1, n° 1502 et seq.

[8] Devill., 2, 2, 154.

les mêmes? C'est que ces mots ne sont qu'un conseil surabondant donné au notaire. Car s'il écrivait autre chose que ce qui lui a été dicté, le testateur ne manquerait pas d'élever ses plaintes, et refuserait de signer aussi bien que les témoins.

On objectera peut-être que le mot « également, » qui se trouve dans la partie de l'article 972 relative au testament reçu par un seul notaire, lui rend communes les circonstances exigées dans le texte qui précède. Mais ce serait donner trop d'extension au mot « également, » qui ne sert ici qu'à lier deux membres de phrase qui ont entre eux beaucoup d'analogie par l'idée qu'ils expriment.

1549. Notre article ne fixe aucun lieu précis pour placer la mention de l'écriture faite par le notaire, et le bon sens enseigne que cette mention peut se trouver indifféremment à la fin, au commencement ou au milieu de l'acte. Cependant, quand on voit que la cour de cassation a été obligée de rendre un arrêt pour consacrer une chose si claire, et cependant méconnue par des héritiers *ab intestat* [1], on ne peut s'empêcher de gémir sur les détours et les funestes cavillations employées par la chicane pour égarer de malheureux plaideurs. Ricard nous apprend, cependant, que la même prétention s'était élevée de son temps [2], et qu'elle fut repoussée par plusieurs arrêts.

1550. Occupons-nous de la mention de la lecture au testateur en présence des témoins. Nous avons dit [3], que les témoins doivent être présents à la lecture donnée au testateur par le notaire. Notre article exige qu'il en soit fait mention expresse. Cette mention doit donc contenir deux choses : 1^{re} la lecture au testateur ; 2^{re} la présence des témoins à cette lecture.

Les tribunaux se sont montrés aussi sévères sur l'exécution de cette disposition que sur les autres formalités dont nous avons rendu compte précédemment.

1551. D'abord, il ne suffirait pas que le no-

taire énonçât qu'il a fait lecture de l'acte ; il faudrait qu'il ajoutât qu'il l'a lu au testateur ; ce qui pourrait sans difficulté se faire par équivalence, comme s'il était dit, « après lecture, le testateur a déclaré qu'il persistait. » De l'ensemble de la phrase, il résulte bien clairement que c'est en conséquence de la lecture que le testateur a persisté, et que c'est donc à lui que la lecture a été faite [4].

L'ordonnance de 1735 n'était pas aussi exigeante. Le mot « lu » suffisait seul pour justifier de l'accomplissement de la formalité [5]. Cependant d'Aguesseau avait émis l'opinion, par sa lettre du 30 décembre 1742 [6], qu'il fallait exprimer, même sous cette ordonnance, que c'était au testateur que la lecture s'adressait. Le Code a adopté cet avis ; il exige qu'il « soit donné lecture au testateur » et qu'il en soit fait mention expresse [7].

1552. Il faut, en outre, que les témoins soient présents à cette lecture et que l'acte le mentionne, à moins que cette présence ne résulte nécessairement du contexte de l'acte [8]. Toute équivoque sur ce point serait très-préjudiciable à la validité du testament. Car dans le doute on doit se décider pour le parti le plus favorable à l'héritier du sang [9].

Un grand nombre d'exemples attestent la vérité de ce que nous venons de dire.

La cour de Bruxelles a décidé, par un arrêt du 18 ventôse an xiii [10], que de ce que les témoins ont été présents à la confection du testament et à l'interpellation de signer cet acte, de ce qu'en outre il était constant qu'ils avaient signé immédiatement après la lecture, il ne s'ensuivrait pas qu'ils eussent assisté à la lecture. Si le testament ne le disait pas ; qu'on ne pouvait suppléer par des inductions à la mention expresse qu'exige l'art. 972. On se pourvut contre cet arrêt ; mais le pourvoi fut rejeté par arrêt du 19 frimaire an xiv, rendu sur les conclusions conformes de Merlin [11].

On disait qu'il n'était pas à présumer que les

[1] 26 juillet 1808 (Devill., 2, 1, 558). Merlin, *Repert.*, v^o Testament, sect. 2, § 2, art. 4, col. 2, n^o 5, p. 618.

[2] Part. 4, n^o 1518.

[3] N^o 1533.

[4] Merlin, *Repert.*, v^o Testament, sect. 2, § 3, art. 2, p. 369, col. 1 et 2.

[5] Ainsi qu'il a été jugé par plusieurs arrêts rapportés par Merlin, *Repert.*, v^o Testament, sect. 2, § 3, art. 1, p. 630 et seq., et encore, *Add.*, v^o Testament, sect. 2, § 2, art. 11 et suiv., p. 337 et suiv., et aux *Questions de droit*, v^o Testament, § 10.

[6] T. IX, p. 477.

[7] Turin, 30 frimaire an xiv (Devill., 2, 2, 101). Aix, 11 mai 1807 (Devill., 2, 2, 241).

Cet arrêt juge que la mention que le testament a été

« lu dans l'appartement et à côté du lit du testateur, » n'équivaut pas à la mention : « lu au testateur. » Car il serait possible que le testateur fût hors de son lit et sorti de l'appartement. Mais dire : « lu en présence du testateur, » c'est un équivoque qui suffit ; car, d'après la loi 209, D., *De verb. signif.*, on ne peut être censé fuir quelque chose en présence de quelqu'un qu'autant qu'on le fait « *eo sciente et intelligente*. » (*Repert.*, XVII, p. 708, col. 2, quest. 4.) Bruxelles, 18 juillet 1807 (Devill., 2, 2, 280).

[8] Cassat., 7 décembre 1846 (Devill., 47, 1, 171. *Journal du Palais*, 1846, t. II, p. 765).

[9] Voy. *supra*, n^o 1512.

[10] Devill., 2, 2, 32.

[11] Devill., 2, 1, 191. Voy. aussi Merlin, *Repert.*, v^o Testament, sect. 2, § 3, art. 2, p. 639 et seq.

témoins se fussent retirés pendant la lecture; que leur présence à l'entière rédaction du corps du testament étant constatée, ainsi que leur signature, il s'ensuivait que la lecture ayant eu lieu entre la dictée et la signature, il était vraisemblable qu'ils étaient aussi présents à cette opération.

Mais la cour décida, en termes formels, que la loi, exigeant une mention expresse, ne permettait pas que l'exécution des formalités fût présumée d'après le contexte général du testament, sur des périphrases étrangères à la formalité de la lecture; qu'on ne doit admettre d'expressions équivalentes que celles qui sont synonymes et identiques avec celles exigées par la loi.

Le testament du sieur Davanneau, après avoir mentionné la lecture au testateur, finissait par ces mots : « fait et passé en la chambre en présence de... témoins; » la cour de cassation décida que ce membre de phrase, étant séparé de celui où il était question de la lecture, ne pouvait s'y rapporter; en conséquence, elle cassa, pour défaut de mention de la lecture en présence des témoins, l'arrêt qui avait validé le testament [1].

1553. Voici une espèce devenue fameuse, et qui ne cesse d'être citée dans les tribunaux. La dame Franqueville fait son testament par acte public, et le notaire le termine par les paroles suivantes : « Le présent testament ainsi dicté par la testatrice à nous, notaire, qui l'avons écrit de notre main en présence de..., témoins à ce appelés, auxquels lecture en a été donnée, ainsi qu'à la dame testatrice, et ont, avec ladite dame et nous, notaire, signé après lecture faite. » On attaqua le testament de nullité, sous prétexte qu'il ne résultait pas que la lecture faite aux témoins l'eût été en présence de la testatrice. La cour de Caen déclara le testament bon et valable. Mais on se pourvut en cassation, et l'arrêt de la cour de Caen fut cassé par un arrêt du 24 juin 1811, rendu sur les conclusions conformes de Merlin [2].

Ce magistrat fit remarquer que, quoiqu'il n'y eût de difficulté que sur le point de fait, néanmoins ce point n'était pas de ceux que la loi abandonne absolument à la conscience des ma-

gistrats; car elle leur trace, pour le résoudre, une règle dont ils ne peuvent s'écarter sans exposer leurs arrêts à cassation. « Il sera, dit-elle, fait mention expresse du tout [3]. »

Entrant ensuite dans le fond de la cause, Merlin dit que le législateur exigeant une mention expresse, le but ne peut être atteint, si, pour équipoller à cette mention, on n'administre que des présomptions ou des preuves morales, quelque spécieuses, quelque fortes qu'elles soient. Il faut, ajouta-t-il, une preuve authentique, irréfragable, et telle que l'inscription de faux puisse seule l'atténuer.

Les mots « lu aux témoins ainsi qu'à la testatrice, » ne veulent pas dire nécessairement que la lecture a été faite aux témoins en même temps qu'à la testatrice; rien ne prouve qu'il y a eu simultanéité, si ce n'est des vraisemblances et des présomptions qu'on peut repousser par d'autres vraisemblances et d'autres présomptions. Sous le droit romain, où le testament devait être fait *uno contextu*, rien n'empêchait que le testateur et les témoins ne se séparassent quelques instants pour satisfaire aux besoins naturels qui leur survenaient [4]. Ce cas peut n'être pas très-rare, puisqu'une loi s'est crue obligée à le prévoir. Qui prouvera que, dans l'espèce, un ou plusieurs des témoins ne sont pas sortis pendant la lecture au testateur? Le testament ne justifie pas le contraire; car « lu aux témoins ainsi qu'au testateur, » peut très-bien et très-naturellement s'appliquer à deux lectures séparées. Si un historien disait : « Louis XIV a conquis l'Artois, la Flandre, l'Alsace, ainsi que la Franche-Comté, auxquelles il a donné des lois, » pourrait-on raisonnablement lui reprocher d'avoir dit que tout cela s'est fait le même jour et en même temps?

Merlin pensa donc qu'il n'y avait rien dans le testament qui pût tenir lieu de la mention expresse. Car ce qui laisse du doute n'est pas expressé. L'arrêt du 24 juin 1811 [5] consacra ces principes par ce considérant :

« Attendu que la clause rédigée dans cette « forme présente aussi bien l'idée d'une lecture « séparée faite aux témoins, que celle d'une « lecture simultanée faite en présence des uns

[1] Merlin, *Répert.*, v° Testament, sect. 2, § 3, art. 3, p. 641 et seq. On trouve aussi cet arrêt, qui est du 25 mai 1810, dans Devill., 3, 1, 187.

[2] *Répert.*, v° Testament, sect. 2, § 3, art. 2, p. 644 et suiv., Voy. aussi Siray (Deville, 3, 1, 366).

[3] *Loc. cit.*, alinéa 4 et 5.

[4] L. 28, C., De testam. : « Si quid autem necessarium fuerit, et ipsum corpus laborantis respiciens, contigerit, id est vel vicinis necessariis, vel potius oblatio, vel medicamentis doto, vel impositio, quibus

« relicta ipsa sanitas testatoria periclitetur, vel si quis « necessarius usus naturæ ad depositionem superflui « ponderis imminuit, vel testatori, vel testibus : non esse « ex hæc causæ testamentum subvertendum, licet morbus « comitalis (quod et factum esse comperimus) uni ex « testibus contigerit : sed eo quod urget, et imminet, « repleto, vel deposito, iterum saluta per testamenti fac- « tionem adimpleri. »

[5] Merlin, *Répert.*, v° Testament, sect. 2, § 3, art. 2, p. 647, col. 1 et 2.

« et des autres, d'où il suit que la mention « expresse de la lecture en présence des témoins et de la testatrice, impérieusement « exigée par la loi, ne se trouve pas dans la « clause d'odit testament [1]. »

1554. Toullier [2] trouve cette jurisprudence déraisonnable; il avance qu'elle avait occasionné une telle incertitude sur le sort des testaments, que les juriconsultes se voyaient obligés de conseiller par prudence aux personnes sachant écrire de joindre un testament olographe à leur testament authentique; il s'étonne que la cour de cassation, en élevant l'édifice de cette jurisprudence aussi rigoureuse que subtile, ait oublié le grand principe contenu dans l'art. 1137 du Code Napoléon, et dans la loi 12, D., *De reb. dubiis*. « Lorsqu'une clause « est susceptible de deux sens, on doit plutôt « l'entendre dans celui avec lequel elle peut « avoir quelque effet que dans le sens avec lequel « elle n'en pourrait produire aucun. » Il ajoute, enfin, que l'excès de la déraison finit par ramener les esprits aux véritables règles d'interprétation; que les cours impériales osèrent rejeter des maximes absurdes, et que la cour de cassation elle-même donna l'exemple d'une juste impartialité en réformant son ancienne jurisprudence pour en revenir aux vrais principes. De là cet auteur conclut qu'il ne faut plus s'arrêter aux arrêts antérieurs à cette réforme, et notamment à l'arrêt du 24 juin 1811.

Nous ne consillerions pas aux notaires de croire sur parole ces observations de Toullier. Il nous semble que la jurisprudence n'a pas cessé de maintenir dans les arrêts la sévérité de la loi, et qu'il y aurait de grands périls à redonner pour les testaments qui s'écarteraient des formalités requises avec tant de scrupule dans cette matière exceptionnelle.

Ensuite, nous remarquerons que Toullier donne aux juriconsultes une fausse boussole en leur conseillant de prendre pour guide l'article 1137 du Code Napoléon. Nous savons bien que

cet article, quoique placé sous la rubrique « de l'interprétation des conventions, » s'applique aux testaments, et qu'il est tiré de la loi 12, du D., au titre *De rebus dubiis*, qui appartient tout entier aux matières testamentaires. Mais quand s'y applique-t-il? C'est lorsque l'acte étant régulier dans la forme, il ne s'agit que de savoir ce qu'a voulu le testateur. Mais lorsque le doute tombe sur la régularité du testament, sur l'observation des formalités où la loi a voulu que tout fût express [3], c'est en faveur de l'héritier *ab intestat* et contre l'existence du testament qu'il faut se décider, parce que l'incertitude et le doute sont exclusifs d'une observation expresse de la loi [4]. C'est le cas de dire avec Cicéron : *Dubitatio cogitationem significat injuriam* [5].

Quant à ce que dit Toullier des résultats fâcheux de la jurisprudence de la cour de cassation et du trouble qu'elle avait jeté dans l'esprit des testateurs, je ne puis concevoir que cet effet ait été le produit d'arrêts qui resserraient autant que possible le champ des interprétations arbitraires, et maintenaient l'exacte application de la loi. Est-il donc d'ailleurs si difficile à un notaire, tant soit peu exact, de mentionner trois formalités aussi simples que la dictée par le testateur, l'écriture par le notaire et la lecture en présence des témoins? Ne semblerait-il pas, à entendre Toullier et les prétendus juriconsultes dont il partage les appréhensions, qu'il s'agit d'une de ces opérations compliquées et ardues, que Loiseau appelle quelque part des *chefs-d'œuvre de justice*?

1555. Mais voyons s'il est vrai que la cour de cassation ait avoué, par la réformation de sa jurisprudence, qu'elle s'était d'abord trompée. Toullier se fonde, pour justifier son assertion, sur des arrêts des 21 janvier 1812 [6], 30 novembre 1813 [7], 28 novembre 1816 [8], 20 novembre 1817 [9].

Dans l'espèce du premier arrêt, la veuve Bolle avait fait un testament dont la clôture était ainsi

[1] *Jange* Limoges, 8 juillet 1808 (Devill., 2, 2, 412). Cassat., 6 mai 1812 (Devill., 4, 1, 97).

[2] T. V, n° 428, p. 401.

[3] Texte de l'art. 972.

[4] Furgole, *Traité des testaments*, l. 1, ch. 2, sect. 1, n° 2 : « Néanmoins les lois n'ont pas voulu entièrement abandonner leur empire; car, en se montrant indulgentes en un point aux volontés des hommes, en leur donnant une espèce de puissance législative et la faculté de déroger à la loi publique sur les successions *ab intestat*, elles ont voulu les tenir assujettis en un autre point, en preservant des bornes à cette puissance et en leur imposant des conditions et des formalités auxquelles elles les ont indispensablement attachées. De là ont pris leur origine toutes les solennités que les lois ont prescrites, desquelles elles veulent

« que les testaments soient revêtus à peine de nullité. » Voy. aussi Merlin, *Repert.*, vo *Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, p. 616. *Jange* Mantua, *De conject. ultim. volent.*, lib. 2, l. XV, n° 13 et 14.

« ... Si testator legum solemnitate contempsit, habet « quod sibi imputet, si testamentum nullius sit momenti. »

« ... Testamentum non debet favorabiliter sustineri, « si probabiliter possit dubitari an defunctus voluerit « testari. »

[5] *De officiis*, l. 50.

[6] Dalloz, 1814, 1, 19, 26 (Devill., 4, 1, 12).

[7] Dalloz, 1814, 1, 19 (Devill., 4, 1, 476).

[8] Devill., 5, 1, 254.

[9] Devill., 5, 1, 385.

conque : « Ce fut ainsi fait et dicté par la testatrice en présence des témoins, et écrit en entier par moi notaire en présence d'iceux, » lu et relu à la testatrice, etc. »

On attaquait le testament pour défaut de mention de la lecture en présence des témoins. Mais les héritiers institués répondaient que les mots, « en présence d'iceux » se rapportaient aux mots « lu et relu à la testatrice ; » qu'à la vérité, ils en étaient séparés par la ponctuation, mais qu'il était plus raisonnable et plus juste de supposer que le notaire eût fait une faute de ponctuation, que de supposer qu'il eût omis une formalité prescrite par la loi. Un arrêt de la cour de Bruxelles, du 12 mars 1811, déclara le testament bon et valable. On se pourvut en cassation.

On voit que tout le procès consistait dans un point ou dans une virgule : en supprimant la virgule, ou seulement en mettant un point avant ces mots, « en présence d'iceux, » on trouve la mention expresse voulue par la loi, et cela sans forcer le sens, sans admettre aucune conjecture ou vraisemblance, sans rien ajouter ou suppléer aux mots indicatifs de la présence des témoins. Dans un cas pareil, la cour pouvait-elle se dispenser de rejeter le pourvoi ? Et c'est ce qu'elle fit, en déclarant que la preuve de l'accomplissement des formalités ne pouvait pas dépendre de la ponctuation, et qu'il valait mieux adopter la ponctuation par laquelle la clause était valable [1]. Comment Toullier ne voit-il pas que c'est sans le secours d'aucune conjecture que le testament fut maintenu, qu'on ne fit que réformer une ponctuation vicieuse, de même qu'il est permis de corriger une faute d'orthographe dans une signature et de suppléer un chiffre omis dans une date, ainsi que nous l'avons dit plus haut [2]. Tout ce qui est erreur de plume, *mendium*, ne tire point à conséquence, d'après Menochius et Toullier lui-même. Peut-on donc comparer cette espèce avec celles que nous avons précédemment analysées, et y voir un changement de jurisprudence ? Voilà, cependant, l'arrêt que Toullier prétend avoir fait révolution, un de ces arrêts, dit-il, que Bacon appelle énergiquement *anchora legitum* ! Certes, il nous paraît qu'une grande préoccupation influençait l'esprit

du docte professeur de Rennes, lorsqu'il a cru trouver un appui de sa doctrine dans cette décision que, du reste, Merlin regarde comme si peu contraire aux arrêts précédents qu'il la rapporte dans son répertoire, immédiatement après l'arrêt du 24 juin 1811.

Mais, après tout, comment Toullier, qui rejette ce dernier arrêt, pourra-t-il concilier son arrêt favori du 21 janvier 1812 avec l'arrêt du 6 mai suivant, qui juge précisément la même chose que l'arrêt du 21 juin 1811, et qui est d'autant plus positif, qu'il casse un arrêt de la cour de Liège [3] ? La comparaison de ces monuments de la sagesse de la cour suprême ne prouve-t-elle pas que cette cour n'a nullement voulu abandonner, le 21 janvier 1812, sa jurisprudence antérieure, puisque le 6 mai 1812, elle la confirme par un arrêt des plus décisifs [4] ?

Un autre arrêt analogue se trouve également rapporté par Merlin : il ne s'agissait que d'une virgule [5], et de la place qu'on donnerait à cette virgule dépendait la mention expresse, abstraction faite de toute preuve morale, de toute vraisemblance puisée dans d'autres clauses. Ainsi, ce dernier arrêt ne forme pas un préjugé plus grand que celui du 21 janvier 1812.

1556. Le second arrêt rapporté par Toullier est du 30 novembre 1813. Merlin l'a consigné dans son *Répertoire* [6]. En voici l'espèce : Chaulandard fait son testament devant un notaire qui le termine ainsi qu'il suit : « Lecture faite au testateur des dispositions ci-dessus, il a déclaré y persister, dont acte, fait et lu en présence des témoins appelés. » On demanda la cassation de ce testament, mais un arrêt de la cour de Grenoble, infirmatif d'un jugement de première instance, le déclara bon et valable. L'héritier *ab intestat* se pourvut en cassation, et le 30 novembre 1813, arrêt de la section civile qui décide que la mention de la lecture faite en présence des témoins ne peut s'entendre que de la lecture que le notaire a dit avoir faite au testateur, et que la cour de Grenoble a bien jugé.

Cet arrêt, comme on le voit, apprécie la clause attaquée, non d'après des preuves morales et des présomptions, mais par l'interprétation grammaticale et rigoureusement juste des mots employés par le notaire. « Lire en pré-

[1] « La loi (disait d'Aguesseau dans une lettre au procureur général du parlement de Grenoble) ne détermine rien sur la forme des expressions. Elle ne s'attache ni aux points, ni aux virgules. Elle ne s'occupe pas de la situation grammaticale dans laquelle le notaire place le testateur pour exprimer ses intentions. L'inexactitude du notaire ne suffit pas pour étendre la peine de nullité. La loi n'écoute pas de vaines cavillations de mots, lorsqu'elle trouve que ce

qu'elle a voulu a été accompli : elle ne s'occupe que de la chose. » (T. IX, p. 477.)

[2] N° 1484, 1496.

[3] Devill., 4, 1, 97.

[4] Merlin trouve cet arrêt du 6 mai 1812 trop sévère, *Répert.*, *vo* Testament, add. 17, sect. 2, § 3, art. 2, p. 711, col. 2.

[5] *Répert.*, *vo* Testament, sect. 2, § 3, art. 2, p. 648.

[6] *Loc. cit.*, p. 649, col. 2.

« sence de quelqu'un » laisse entendre que la personne en présence de qui la lecture se fait n'est pas le but final de la lecture, mais qu'il y a une tierce personne à qui elle s'adresse plus particulièrement. Or, qui est cette tierce personne? Le notaire l'a déjà dit d'une manière explicite; c'est le testateur : « Lecture faite au » testateur. » Voilà quelle était l'interprétation, la traduction littérale de la clause, et l'on ne pouvait en révoquer le sens en doute que par des subtilités et des équivoques réprouvées par la saine logique. Nous ne voyons donc pas ce que cet arrêt pourrait prouver en faveur du système embrassé par Toullier.

1557. L'arrêt du 29 novembre 1816 n'est pas plus concluant. La clause attaquée était absolument la même [1] que celle dont nous venons de parler, et si la cour de cassation eût été assez inconsciente pour admettre toutes les subtilités qu'on lui proposait dans le but d'y trouver du doute ou de l'incertitude, il faudrait renoncer à se servir du français pour énoncer ses idées, et faire le procès à une langue si amphibologique.

1558. Enfin, le dernier arrêt du 20 novembre 1817 ne peut pas être d'un plus grand secours à Toullier. Le testament du sieur Delaporte reçu, à ce qu'il paraît, par un notaire peu expérimenté, était terminé ainsi : « Ce fut ainsi » dit, dicté et nommé par le testateur à nous » dit notaire, aussi même en présence des » témoins, ce qu'il a déclaré bien entendre et » bien comprendre. »

« Fait et passé en présence de... témoins qui » ont signé, et à l'égard dudit testateur, il a » déclaré ne savoir signer de ce interpellé, » après lecture faite audit testateur, qui a dit » bien entendre et bien comprendre. »

Avec un peu d'attention, on voit que le testament a été dicté, écrit, entendu et approuvé par le testateur en présence des témoins. Dans le premier alinéa le testateur dit, « en présence des témoins, bien entendre ; » donc, on le lui lisait en présence des témoins. Nous défions le plus subtil logicien de contester cette conséquence, d'autant plus que le verbe « bien entendre » est au présent, et qu'il exclut le doute que le temps « avoir bien entendu » aurait pu faire naître sur la présence des témoins à la lecture ; car ils auraient pu assister à la déclaration du testateur d'avoir bien entendu, sans avoir été présents à la lecture. Au lieu que l'emploi du temps présent prouve unité de temps

dans la lecture et la déclaration d'entendre, et justifie que ces deux choses font partie d'une seule et même opération dont les témoins ont été spectateurs. D'ailleurs le mot « fait, » qui se trouve répété au second alinéa, s'applique à toutes les opérations qui ont précédé, par conséquent, à celle par laquelle le testateur a entendu le testament.

La cour de cassation a donc jugé qu'il résultait de la contexture du testament dont il s'agissait, « qu'il avait été dicté, écrit, entendu et » approuvé par le testateur en présence des » témoins, et qu'il avait été fait mention de » cette double formalité. » Aux yeux de tout homme juste, elle ne pouvait pas juger autrement [2].

1559. C'est donc en vain que Toullier a entrepris de renverser l'édifice régulier d'une jurisprudence dont le but est de tenir la main à l'exécution des dispositions du Code sur les solennités des testaments. C'est en vain que, pour mieux le saper, il a essayé d'établir des variations qui n'existent pas. Bossuet, voulant prouver que la réforme n'était qu'une religion d'erreur, fruit des impostures humaines, nait au grand jour toutes les variations qui attestaient son existence vacillante. Mais Bossuet prouva ce qu'il avançait avec une logique que son éloquence rendait encore plus pénétrante. Toullier a voulu se servir de la même arme ; mais elle s'est émoussée entre ses mains, et ses efforts inutiles prouvent de plus en plus qu'une jurisprudence aussi constante que celle qui dirige la cour de cassation doit prévaloir sur un système qui ne s'appuie que sur les fausses lueurs d'une apparente équité.

1560. En résumé, la jurisprudence de la cour de cassation peut s'analyser ainsi :

1^{re} Lorsqu'une clause ne dit pas expressément ce qu'exige la loi, il n'est pas permis d'avoir recours à des probabilités et à des vraisemblances pour lui faire dire, dans un langage conjectural, ce qu'elle ne dit pas d'une manière catégorique.

2^o Lorsqu'une clause dit ce qu'exige la loi, expressément ou par de véritables équipollents, et sans qu'il soit besoin de rien sous-entendre ni ajouter ou retrancher, et que, cependant, on peut lui faire dire autre chose en changeant la ponctuation, ou en maintenant une ponctuation vicieuse, ou en détournant le sens des expressions, il faut s'en tenir à la mention expresse qui fait valoir le testament [3].

[1] Merlin trouve aussi identité parfaite dans l'espèce de ces deux arrêts dans son *XVII^e vol. d'Add.*, p. 716, col. 1.

[2] Merlin donne à peu près le même commentaire de

cet arrêt, et il soutient la même doctrine dans son supplément, *Reper.*, v^o Testament, 1. XVII, sect. 2, § 3, art. 2, p. 712, col. 2 et suiv.

[3] Cassat., 1^{er} mars 1841 (*Devill.*, 41, 4, 203).

1561. Le Code ne prescrit pas le lieu précis où la mention de la lecture doit se trouver. Il suffit qu'elle se trouve expressément dans la cuntexture du testament pour produire son effet. Mais il faut qu'elle se rapporte aux clauses qui précèdent et qui suivent, et à l'ensemble du testament [1].

1562. Sous l'ordonnance de 1735, on jugeait qu'un testament nuncupatif écrit était nul dans toutes ses dispositions, par le défaut de lecture de celles que le testateur avait faites après la lecture qui lui avait été donnée des premières. Plusieurs arrêts de la cour de cassation ont décidé la même chose sous le Code Napoléon. En effet, la loi ne se contente pas de la lecture de quelques parties du testament, elle veut qu'il soit donné lecture du testament, et comme le testament est un tout indivisible, si une de ses parties n'a pas été lue, il est nul pour le tout [2].

1563. Il faut, cependant, faire une distinction fondée sur la loi 21, § 1, D., *Qui test. facere possunt* [3].

Si, lorsque le testament est déjà revêtu de toutes ses formalités, le testateur veut néanmoins expliquer une disposition un peu obscure, cette addition n'a besoin d'aucune solennité pour son effet, parce qu'en la faisant le testateur *nihil dat, sed datum significat*. Mais pour cela, il faut que cette explication soit telle, que le juge eût pu la suppléer d'après les circonstances extrinsèques du testament [4].

Mais s'il s'agit d'une explication qui ajoute à la disposition, et lui donne une latitude ou des privilèges qu'elle ne peut tenir que de la volonté du testateur, cette explication, qui est elle-même une véritable disposition, ne peut valoir qu'autant que l'on aura constaté la formalité de la lecture en présence des témoins, aussi bien que toutes les autres mentions requises par la loi, et si la mention de la lecture, dont nous nous occupons en ce moment, y manque, le testament est nul pour le tout [5].

1564. Du reste, lorsqu'il s'agit d'un renvoi qui se rapporte au corps du testament et qui y tient sa place par une relation nécessaire, la mention de la lecture se rapporte également aux

renvois dont le texte a eu besoin, parce qu'en lisant tout l'acte, le notaire a dû nécessairement comprendre dans sa lecture les renvois qui en font partie intégrante [6].

1565. C'est ici le cas de parler de la question de savoir si toutes les mentions que nous venons d'énoncer doivent être constatées par le notaire, ou bien s'il suffit qu'elles se trouvent placées dans la bouche du testateur.

Il est certain que le notaire a seul qualité pour attester l'accomplissement des formalités requises par la loi pour la validité de l'instrument. C'est lui qui rend témoignage des solennités extérieures. Tel est le but de son ministère. Voilà pourquoi on l'appelle notaire instrumentaire. La loi du 25 ventôse an xi dispose que le notaire doit faire les mentions relatives à la signature [7]; l'ordonnance de 1735, art. 5, disait de plus qu'à peine de nullité, le notaire devait rendre témoignage de l'accomplissement de la formalité de la lecture [8], et une déclaration du 16 mai 1763, interprétative de l'ordonnance de 1735, étendait cette disposition à toutes les mentions nécessaires pour la validité du testament, voulant qu'elles émanassent de la déclaration personnelle du notaire. Si le Code Napoléon n'a pas répété ces prescriptions, c'est qu'elles sont dans l'essence même des fonctions du notaire, et c'est lui-même qui doit constater les formalités et non le testateur, qui dispose et dicte, mais reste étranger à la forme [9].

Cependant, il peut arriver que le notaire, par une rédaction incorrecte ou peu logique, mette dans la bouche du testateur les mentions qui consacrent l'observation des formalités. Mais il n'importe, pourvu que du testament il résulte que la déclaration mise dans la bouche du testateur n'est pas étrangère au notaire, ou, en d'autres termes, qu'il apparaisse sous cette forme sans précision, que cet officier public, garant nécessaire et virtuel de la vérité de tous les faits qu'il énonce comme siens, s'est rendu propre la mention émanée du disposant, attestant ainsi lui-même implicitement, mais nécessairement, ce qu'a attesté le testateur [10]. C'est ainsi que se concilient des arrêts et des opinions que Merlin oppose les uns aux autres, et qui ne

[1] Ann. Br., 7 fév. 1826 (*Jurisp. de Belg.*, 1826, 1, 445).

[2] Le premier arrêt est du 19 avril 1809, le deuxième est de la même année; il y en a un troisième, du 4 novembre 1811, rendu sur les conclusions conformes de Merlin, *Répert.*, v° Testament, sect. 2, § 3, art. 2, p. 660, 661 et 666, et encore Add., v° Testament, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 1, p. 699.

[3] Pothier, *Pond.*, t. II, p. 175, n° 23.

[4] Merlin, *Répert.*, loc. cit., p. 665.

[5] Ibid.

[6] Cassat., 3 août 1808 (Devill., 8, 1, 557). Voyez aussi Merlin, *loc. cit.*, p. 637, et encore Add., v° Testament, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 2, p. 718.

[7] Art. 14.

[8] Cassat., 12 novembre 1825 (Devill., 24, 1, 63).

[9] Merlin, *Répert.*, v° Testament, t. XVII, p. 691. Limoges, 22 juin 1815 (Devill., 14, 2, 268. *Journal du Palais*, 11, 485. Merlin, *loc. cit.*, p. 692). Bruxelles, 5 avril 1816 (Merlin, v° Signature, t. XVII, p. 693). Brux., 16 mai 1821 (Merlin, v° Test., t. XVII, p. 693).

[10] Cassat., deux arrêts du 13 mai 1829, rej. (Devill.,

se contredisent en réalité que parce que l'interprétation donnée aux faits, d'après les circonstances, n'est pas la même.

1566. Lorsqu'un testament contient les mentions expresses requises par la loi, on ne peut être admis à prouver autre chose que ce qu'elles énoncent, sans inscription de faux. *Contrā scriptum testimonium, non scriptum testimonium non admittitur.* Tout ce qui regarde la solennité extérieure, la nature de l'acte et des dispositions, est établi, prouvé, démontré par l'allégation du notaire, et non-seulement la loi n'exige pas d'autre preuve, mais encore elle la condamne [1]. C'est ce qui faisait dire à Moutvallon [2]: « Il est certain qu'on n'est point admis à prouver par témoins, contre le contenu du testament dans les faits qui sont de l'office du notaire qui l'a reçu et qui dépendent de ce qu'il voyait et entendait lors de l'acte; » il n'y a eu ce cas que la voie de l'inscription de faux. »

La loi du 25 ventôse an xi déclare d'ailleurs, dans son article 19, que tous les actes notariés font foi en justice [3].

1567. Il est vrai que la voie de l'inscription de faux est périlleuse; car les témoins qui ont signé le testament sont rarement disposés à déposer contre la teneur des actes auxquels ils ont coopéré. On a même douté qu'ils pussent être admis à donner témoignage, et beaucoup d'anciens arrêts ont décidé la négative. Mais aujourd'hui, il est certain qu'ils peuvent déposer contre l'acte dont ils ont été les témoins instrumentaires, et dès avant le code d'instruction criminelle, le savant président Favre l'avait consigné dans son Code [4]. « *Debet plus credi notario et publico instrumento quam testibus instrumentariis adversus notarium et instrumenti fidem testificantibus, quamvis instrumenti fides solamini accusatione falsi non labefactur. Sed post institutam accusationem solam nemque inscriptionem, cum tunc nisi per testes falsitas probari possit, magis est ut testibus instrumentariis quam notario vel instrumento credatur, si res omnes majori*

« *ex parte ab instrumenti scripturâ dissonant* » [5]. »

Aussi, la cour de cassation a-t-elle décidé, le 12 juillet 1825, au rapport de Piet et sur les conclusions conformes de l'avocat général de Marchauby, que les témoins instrumentaires peuvent être entendus sur la vérité des énonciations contenues dans l'acte argué de faux [6].

1568. Lorsque la preuve du faux ne résulte que des déclarations seules des témoins instrumentaires, on ne doit pas, sans de graves motifs, annuler le testament. Car les témoins se trouvent en quelque sorte en contradiction avec eux-mêmes, et il faudrait que leur déposition à l'enquête fût empreinte de grands signes de vérité pour l'emporter sur ce qu'ils ont attesté dans un acte public. Mais il m'est impossible de partager l'opinion de Merlin, qui veut que, dans aucun cas, ces dépositions ne puissent nuire au testament.

En effet, dit-il, lorsqu'il n'y a pas d'autres graves présomptions résultant des circonstances de la cause, quoiqu'il soit possible que les dépositions judiciaires par lesquelles des témoins instrumentaires rétractent ce qu'ils ont certifié par leur signature dans le testament, ne soient de leur part qu'un hommage franchement rendu à la vérité, néanmoins aussi il est possible qu'elles soient l'effet de la surprise et de la subornation. Et dans l'incertitude que peut faire le juge? Rejeter ces dépositions. Car ces hommes ne peuvent inspirer une confiance entière à la justice, qui s'accusent devant elle de s'être rendus complices d'un faux.

Mais cette doctrine serait fatale et pernicieuse. Elle est contraire au bon sens. Il est possible qu'un témoin instrumentaire ait légèrement attesté une chose dans un acte où il n'était qu'assistant. Mais lorsque son caractère le fait supposer incapable d'un mensonge, rejeterai-je pour cela la déposition solennelle et assermentée qu'il fera en présence de la justice? Autre chose est déposer en justice sous la foi du serment, autre chose certifier dans un acte l'observation de certaines formalités dont on

9, 1, 290). Cassat., 2 août 1821, rejet (Merlin, *Repert.*, t. XVII, p. 694; Dalloz, 1821, 1, 463). Turin, 29 décembre 1810 (Devill., 3, 2, 381. Merlin, t. XVII, p. 691).

Ann. Voy. arrêt de Bruxelles, qui a décidé que la mention des formalités, prescrites à peine de nullité dans un testament public, ne peut, au lieu de résulter de la déclaration personnelle du notaire, être mise dans la bouche du testateur lui-même. 16 mai 1821 (*Jurisp. de Belg.*, 1822, 1, 264).

[1] D'Aguessens, 37^e plaidoyer.

[2] *Traité des successions*, t. 1, p. 467.

[3] Voy., au surplus, un arrêt de la cour de cassation, du 19 décembre 1810, qui le juge ainsi (Devill.,

3, 1, 275).

[4] T. IV, *Ad leg. Cornel., De falsis, def. 3.*

[5] Toullier, t. V, n^o 412, p. 582. Voy. aussi Merlin, *Repert.*, *vo* Témoin instrumentaire, § 2, p. 405, col. 2.

[6] Devill., 8, 1, 152. Outre cet arrêt, on peut encore en citer d'autres: ainsi un arrêt de cassation, du 25 novembre 1812 (Devill., 4, 1, 230); un arrêt de Nancy du 24 juillet 1833 (Devill., 33, 2, 9), et un arrêt de cassat., du 12 août 1834 (Devill., 33, 1, 202). L'objection qui fut repoussée par ces divers arrêts était tirée de l'art. 285 du Code de procédure civile. On voulait assimiler les témoins instrumentaires à ceux qui ont donné des certificats sur des faits à l'égard desquels on invoque leur témoignage.

n'aperçoit pas toujours l'importance. C'est au juge à apprécier le caractère du témoin, son degré de crédibilité, et de voir s'il agit par impulsion subornative, ou pour rendre hommage à la vérité.

L'arrêt de la cour de cassation du 17 déc. 1818, que cite Merlin à l'appui de son opinion, ne prouve rien, puisqu'il est fondé sur l'appréciation des faits qu'il est dans l'arbitrage du juge d'admettre comme certains ou de rejeter.

1569. Maintenant, nous allons nous occuper des formalités prescrites par la loi sur le notariat, qui ne se trouvent pas dans le Code Napoléon. Les articles suivants achèveront de compléter les dispositions de ce Code sur les solennités des testaments napoléoniens écrits.

On avait d'abord pensé que la loi sur le notariat ne s'étendait pas aux dispositions testamentaires, depuis que le Code Napoléon s'était occupé de les régler. Mais ce système, parfaitement réfuté par Merlin [1], a été proscrit dès son origine par un arrêt de la cour de cassation du 1^{er} oct. 1810 [2].

L'art. 12 de cette loi dit que tous les actes doivent énoncer le nom et le lieu de résidence du notaire qui les reçoit, à peine de 100 fr. d'amende contre le notaire contrevenant. Point de nullité, par conséquent, pour cette omission, à laquelle on peut toujours suppléer, puisque le notaire tient ses pouvoirs d'une nomination déposée au greffe du tribunal de première instance où il a prêté serment [3].

1570. Le même article ajoute que les actes doivent également énoncer le nom des témoins instrumentaires, leur demeure, le lieu, l'année et le jour où les actes sont passés, sous peine de nullité et de faux s'il y échoit. Voilà plusieurs formalités importantes, et dont il convient de se pénétrer :

- 1^o Nom des témoins instrumentaires ;
- 2^o Demeure des mêmes ;
- 3^o Lieu où l'acte a été passé ;
- 4^o Année et jour.

1571. On sent qu'il est de la dernière importance que l'acte fasse connaître le nom et la demeure des témoins, afin que l'on puisse s'assurer s'ils jouissent de la capacité exigée par la

loi ; et qu'il soit non-seulement daté de l'an et du jour, mais encore du lieu où il a été passé, pour qu'on puisse vérifier si le notaire pouvait instrumenter dans ce lieu.

Comme l'ordonnance de Blois exigeait que le notaire indiquât non-seulement le lieu de la passation de l'acte, mais encore la maison où il était dressé, on a demandé si cette indication était également nécessaire sous la loi du 25 ventôse an xi.

Toullier avait d'abord embrassé l'affirmative [4], mais il s'est ensuite rétracté [5]. Un arrêt de la cour de cassation, du 23 nov. 1823, a décidé que l'indication de la maison n'était pas nécessaire, et que l'énonciation « fait à Sauveterre » etc., avait suffisamment rempli le vœu de la loi du 25 ventôse [6]. Déjà la cour de cassation avait décidé cette question dans le même sens par arrêt du 28 fév. 1810 [7].

1572. Quant à l'énonciation de la demeure des témoins, la jurisprudence a cherché à éviter les rigueurs dans lesquelles on voulait l'entraîner, en lui présentant l'asservissement aux mots et à la lettre comme une religieuse observation de l'esprit de la loi.

Aussi, voyons-nous que la cour de Paris a décidé, par un arrêt du 3 juill. 1824, que ces mots : « fait en présence de MM..., tous quatre » de Sauveterre, » contenaient, d'après leurs qualités, une indication suffisante de leurs demeures, et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la cour suprême le 23 nov. 1825 [8].

C'est aussi ce qu'avait précédemment jugé, dans des espèces toutes semblables, la cour d'Aix par arrêt du 3 déc. 1812 [9], et la cour de cassation par arrêt du 28 fév. 1810 [10].

1573. Quant à la date de l'année et du jour, elle est nécessaire pour plusieurs motifs ; d'abord, dans le cas de plusieurs testaments, afin de savoir quel est celui qui déroge aux autres, et ensuite afin de pouvoir constater la capacité du testateur, du notaire et des témoins. À l'époque où le testament a eu lieu [11].

L'erreur dans la date n'est pas toujours une cause absolue de nullité, et il en est de même pour le testament authentique que pour le testament olographe ; il suffit que cette erreur puisse être réparée et rectifiée d'après les énon-

[1] Répert., *vo* Testament, sect. 2, § 3, art. 2, p. 667 et suiv.

[2] Devill., 3, 1, 237.

[3] N^o 1530.

[4] T. V, n^o 453.

[5] T. VIII, n^o 82.

[6] Dalloz, 1826, t. 11.

[7] Dalloz, 1816, t. 65.

[8] Ann. Br., 8 juillet 1840 (*Jurisp. de Belg.*, 1842, 19).

[9] Dalloz, 1826, t. 11.

[10] Ann. Liège, 13 avril 1839 (*Jurisp. de Belg.*, 1839, 262).

[11] Devill., 4, 2, 207.

[12] Voy. Merlin, Répert., *vo* Témoin instrum., t. XVII, § 2, n^o 3, p. 614, col. 2.

[13] Ann. La date d'un testament par acte public peut être placée au commencement de l'acte sans devoir être répétée à la fin, Br., 3 déc. 1818 (*Jurisp. de Belg.*, 1818, 2, 265).

ciations mêmes du testament, et d'après les faits qui se rattachent à ces énonciations. Ainsi, le testament qu'un individu décédé le dimanche, 10 octobre, à sept heures du matin, avait laissé à la date du samedi, 10 octobre, après midi, a pu, nonobstant l'énonciation inexacte du 10 octobre, être réputé avoir été fait le 9 qui était le samedi (1).

1574. On ne saurait voir une fausse date dans l'espèce suivante. Un testament avait été commencé le 1 décembre, à trois heures après midi; il fut interrompu à cinq heures par une défaillance du testateur; on ne put le reprendre que le lendemain à trois heures du matin, et c'est seulement ce jour-là qu'il fut clos. Il y avait donc eu une interruption de force majeure. Néanmoins, le notaire avait daté l'acte du jour où il l'avait commencé, et non pas du jour où il l'avait fini. Était-ce un cas de nullité? Ne fallait-il pas appliquer ici cette règle générale que la date d'un acte est celle du jour où il a été commencé? La cour de Limoges, par arrêt du 14 déc. 1842, se prononça pour la validité de l'acte; aucun soupçon de fraude ne s'élevait, et la conscience du juge était rassurée sur la sincérité des dispositions testamentaires. Il eût été trop rigoureux de casser le testament, parce qu'il ne portait pas une double date, d'autant que les deux parties de l'acte n'étaient pas séparées par un intervalle assez considérable pour qu'on ne pût pas les regarder comme faisant partie d'un seul tout (2).

1575. On s'est demandé si la surcharge de la date aurait pour effet d'entraîner la nullité de la date, et par suite du testament. Bien que l'art. 16 de la loi de ventôse prononce la nullité des mots surchargés dans les actes de notaire, cependant il a été jugé qu'une surcharge de date dans un testament authentique n'entraîne-

rait point de nullité si elle paraissait avoir été faite sans fraude, et n'avoir eu d'autre but que de rectifier une erreur matérielle échappée au notaire et rectifiée instantanément. La cour de Grenoble l'a décidé ainsi, le 22 fév. 1809 (3). Il y a aussi, dans le même sens, un arrêt de rejet de la cour de cassation du 21 mai 1838 (4).

1576. Quoique la loi sur le notariat soit, en général, applicable aux testaments, il y a un article qui ne peut concerner ce genre d'actes : c'est l'art. 68, où il est dit qu'un acte nul comme acte public vaut cependant comme acte sous signature privée quand il est revêtu de la signature de toutes les parties. On ne peut tester sous signature privée que par testament olographe. Or, le testament olographe doit être écrit en entier par le testateur. Donc, si le testament ne vaut pas comme acte public, il ne peut valoir d'aucune autre manière.

1577. Le Code Napoléon ne dit pas non plus que le testament doit être signé par le notaire. Mais cette obligation est formellement imposée par l'art. 14 de la loi du 25 vent. an xi, à peine de nullité.

Est-il nécessaire que le notaire ne se contente pas de signer, mais qu'il fasse aussi mention qu'il a signé? Le même article de la loi précitée paraît l'exiger à peine de nullité (5). Mais un avis du conseil d'Etat (6), du 16 juin 1810, a décidé que cette mention n'était pas nécessaire, non-seulement pour les testaments, mais encore pour tous autres actes quelconques.

Le testament doit être signé par le notaire en présence du testateur. Un arrêt de la cour de cassation, du 20 janv. 1810 (7), l'a ainsi décidé. Le testateur est l'unique auteur de l'acte contenant ses dernières volontés, et toutes les parties de cet acte doivent s'accomplir en sa présence.

ARTICLE 973.

Ce testament doit être signé par le testateur : s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

SOMMAIRE.

1578. De la signature du testateur.

1579. Peu importe que la signature soit du nom de baptême ou du nom de famille, du moment que l'identité est certaine.

1580. Il en est de même de l'irrégularité ou de l'omission de lettres dans le nom du testateur.

1581. La mention de la signature du testateur est nécessaire.

(1) Rouen, 25 juillet 1825 (Devill., 8, 2, 116).

(2) Devill., 44, 2, 7.

(3) Devill., 3, 2, 33.

(4) Devill., 38, 1, 397.

(5) Merlin, *Rép.*, v° Test., sect. 2, § 3, art. 2, p. 667.

(6) Voy. Merlin, *Répert.*, v° Signature, § 3, art. 3, alinéa 3, p. 632.

(7) *Journal du Palais*, 1, p. 201, 1810.

1582. Il n'en est pas de même de la mention de la signature du notaire.
1583. Est-il nécessaire que la mention de la signature soit mise à la fin de l'acte?
1584. De la mention expresse de la déclaration du testateur, qu'il n'est pas en état de signer, et de la cause qui l'empêche de signer.
1585. La fausse déclaration faite à cet égard par le testateur vicierait le testament.
1586. Serait de la contradiction apparente entre la mention que le testateur a signé, et l'énonciation mise à la suite, qu'il a déclaré ne pouvoir le faire à cause de sa faiblesse.
1587. Le notaire doit faire mention de cette déclaration du testateur à peine de nullité; il ne pourrait

se borner à dire que le testateur n'a pas signé à cause de sa faiblesse.

1588. La mention expresse exigée par l'art. 973 peut être remplacée par des équivalents.
1589. Du reste, en cette matière, les questions sont des questions moins de principe que d'espèce.
1590. Si le testateur mourait avant d'avoir achevé de signer son nom, le testament serait nul, quand bien même le notaire aurait fait mention de la persévérance du testateur jusqu'au moment de sa mort.
1591. La mention de ne pouvoir signer doit-elle être lue au testateur en présence des témoins, conformément à l'art. 972? — Arrêt Picart.

COMMENTAIRE.

1578. Pour terminer et ratifier tout ce qui vient d'être fait, le testateur doit signer l'acte. C'est l'opération qui conclut toutes les solennités du testament. On parlera dans l'article suivant de la signature des témoins [1].

1579. On a élevé, pour les testaments publics, la même question que pour les testaments olographes, savoir : s'ils doivent être signés, à peine de nullité, du nom de famille du testateur [2]. La signature sera valable si elle porte le nom, quel qu'il soit, qui a servi à identifier le testateur et à le distinguer des autres membres de sa famille et de ses concitoyens.

1580. Elle sera valable aussi, quoique mal formée, s'il est permis de retrouver en elle le nom du testateur [3], ou même si, étant incomplète par l'omission de quelques lettres, elle ne laisse pas de doute sur l'identité de la personne [4].

1581. Le notaire doit, de plus, faire mention que le testateur a signé. Cette formalité est exigée, à peine de nullité, par l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an xi, portant : « Les actes seront signés par les parties, les témoins et les notaires, qui doivent en faire mention à la fin de l'acte. » et par l'art. 68 qui prononce la peine de nullité.

La cour de Turin, faisant application de cet article, a décidé, par arrêt du 11 nov. 1811 [5], qu'une mention ainsi conçue : « Fait et lu audit testateur à haute et intelligible voix, en présence des témoins susdits et soussignés, » ne renferme pas la mention de la signature du testateur. En effet, le mot « soussignés » ne se

rapporte qu'aux témoins, et nulle induction grammaticale ne peut l'étendre jusqu'au testateur [6].

1582. Notez que ni la loi du 25 ventôse an xi ni aucun arrêt n'exigent la mention de la signature du notaire [7]. Sa signature fait foi parce qu'elle existe et se voit : elle n'a pas besoin d'être attestée [8].

1583. Il est clair que la signature doit être la dernière opération de l'acte, et qu'elle doit venir même après la date.

Mais est-il nécessaire que la mention de la signature soit mise à la fin de l'acte?

L'affirmative paraît résulter, au premier coup d'œil, de l'art. 14 de la loi sur le notariat, qui dit expressément que les actes seront signés par les parties, les témoins et les notaires qui doivent en faire mention à la fin de l'acte. Elle paraît résulter encore de cette raison, à savoir : comment, avant que la signature du testament soit apposée, au commencement du testament, par exemple, le notaire peut-il mentionner d'avance, et comme déjà exécuté, ce qui n'est que futur? Mais ce serait pousser trop loin la subtilité que de raisonner ainsi; ce serait créer une nullité que le Code n'a point prononcée. D'ailleurs, dans les différentes mentions qu'il a prescrites sur la forme des testaments, le Code n'a point indiqué la place de ces mentions et il a été jugé plusieurs fois [9], notamment en ce qui concerne la mention de l'écriture, qu'elle pouvait indifféremment être placée dans le préambule ou dans la clôture du testament : il en doit être de même pour la mention de la si-

[1] « Signes, monseigneur, signes, c'est le point nécessaire, » vérité sérieuse sous une forme plaisante.

[2] *Supra*, n° 1494, 1495.

[3] *Supra*, n° 1496 et suiv.

[4] *Infra*, n° 1587 in fine.

[5] Devill., 3, 2, 374; *Journal du Palais*, 9, 687.

[6] Toullier, t. V, p. 424, trouve cet arrêt trop sévère.

[7] Cassat., 11 mars 1812 (*Journal du Palais*, 10, 192).

[8] Riom, 17 novembre 1808 (Dalloz, t. V, n° 783). *Jange* avis du conseil d'Etat du 6 juin 1810.

[9] Cassat., 26 juillet 1808 (Devill., 2, t. 558). Cassat., 18 octobre 1809 (Devill., 3, t. 114).

gnature. La jurisprudence n'a point été appelée à se prononcer sur cette question quant au testament par acte public; mais elle a reconnu constamment, ainsi que nous le verrons dans le numéro suivant, que la mention que le testateur déclare ne pouvoir ou ne savoir signer peut être placée au commencement ou dans le corps de l'acte. Or, entre ces deux points l'analogie est complète, et l'art. 14, *in fine*, de la loi de ventôse met sur la même ligne et la mention de la signature et la mention de la déclaration de ne pouvoir signer.

On comprend, d'ailleurs, sans qu'il soit besoin d'insister davantage, qu'il importe peu, dans la réalité, que la mention de la signature soit placée dans le corps de l'acte ou à la fin, parce que le testateur, les témoins et le notaire, en signant l'acte lorsqu'il est terminé, attestent personnellement tout ce qui a été dit avant la clôture (1).

1584. Lorsque le testateur ne sait pas ou ne peut pas signer, le notaire doit faire mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui empêche de signer. Cette mention équivaut à la signature. Nous répétons, ici, que le lieu et la place du testament où elle se trouve placée, sont indifférents. Le Code n'a point fixé de place sacramentelle et par cela il a dérogé à la loi sur le notariat (2).

1585. S'il arrivait que le testateur, sachant et pouvant signer, eût déclaré qu'il ne savait ou ne pouvait, cette fausse déclaration équivaldrait à un refus de signer et vicierait entièrement le testament. Il serait à croire que le disposant n'aurait dicté le testament que par violence et suggestion, et que pour en empêcher l'effet, il a cherché un prétexte mensonger pour se dispenser de le ratifier par sa signature (3).

1586. Si, après la mention que le testateur a signé, il est dit qu'ayant essayé de le faire, il a déclaré ne le pouvoir à cause de sa maladie ou de sa faiblesse, la contradiction apparente de ces deux énonciations ne suffit pas pour annuler le testament. Il est dans l'ordre naturel que, lorsque le testateur annonce vouloir signer le testament, le notaire déclare qu'il a signé. Mais il est possible qu'au moment de signer, le testa-

teur éprouve une impossibilité qu'il n'avait pas prévue; le notaire doit la constater, et le concours de ces deux faits n'a rien qui ne soit dans le cours ordinaire des choses et qui puisse porter atteinte au testament (4).

1587. Que si le testateur, après avoir dit qu'il voulait signer, ne le pouvait, et que sa main tremblante fut incapable de tracer des caractères lisibles, le notaire ne devrait pas se borner à dire que le testateur n'a pu signer, à cause du tremblement de sa main; il devrait, à peine de nullité, faire mention de la déclaration du testateur qu'il n'a pu signer, la loi ne voulant pas que ce soit le notaire qui déclare l'impossibilité et exigeant que cette déclaration soit mise dans la bouche du testateur. Cette opinion est consacrée par un arrêt de rejet de la cour de cassation (5).

Dira-t-on qu'il y a à cela beaucoup de sévérité, parce que l'effort du testateur, le tremblement de sa main et l'impuissance qui en résultent sont des faits parlants qui disent tout ce qu'il faut dire? Mais il faut répondre que ces apparences extérieures ne sont pas suffisantes, pour qu'il soit certain que le testateur a persisté dans sa volonté au milieu de ses angoisses: il a pu éprouver de brusques changements, de complètes éclipses, et la connaissance peut n'avoir pas duré jusqu'au dernier moment, au milieu du trouble de son intelligence (6).

Dans l'espèce de l'arrêt rendu par la cour de cassation, le testateur n'avait pu tracer que les initiales de son nom avec des caractères illisibles et informes. Mais ne serait-il pas possible d'arriver à une solution moins rigoureuse, si, malgré la survenance du tremblement nerveux et maladif, le testateur parvenait à tracer un nombre de lettres suffisant pour qu'on puisse y trouver, au moins par équipollents, une signature suffisante. Par exemple, si le testateur nommé *Sengés* avait écrit *Seng*, j'inclinerais pour la validité du testament, pourvu que le corps d'écriture fut suffisamment net (7); ceci, du reste, dépend des circonstances.

1588. La mention expresse exigée par notre article peut être remplacée par des équipollents, lorsqu'ils remplissent *identité et égalité* le but de la loi. Si, par exemple, le testament

[1] Toullier, t. V, n° 434, p. 424.

[2] Dijon, 8 janvier 1811 (Devill., 4, 2, 394). Paris, 25 novembre 1813 (Devill., 4, 2, 363). Cassat., 18 août 1817 (Devill., 5, 1, 367). Bordeaux, 17 juillet 1845 (Devill., 46, 2, 440, voy. la note). Merlin, *Repert.*, v° *Signature*, p. 371 et suiv.

[3] Grenoble, 25 juillet 1810 (Devill., 5, 2, 315). Trévies, 18 novembre 1812 (Devill., 4, 2, 198).

[4] Cassat., 21 juillet 1806 (Devill., 2, 1, 268). Cassat., 18 juin 1816 (Devill., 5, 1, 206). Merlin,

Repert., v° *Test.*, p. 630, et *Add.*, v° *Signat.*, p. 371.

[5] 25 avril 1825 (Dalloz, 25, 1, 278). *Junge* Bruxelles, 8 décembre 1810. Merlin, *Repert.*, v° *Signature*, t. XVII, p. 369.

[6] Voy. *infra*, n° 1591, un arrêt de la cour de Paris.

[7] *Supra*, n° 1580. Bordeaux, 5 mai 1828 (Devill., 9, 2, 75). Nancy, 1^{er} mars 1831 (Devill., 31, 2, 182). *Contrà*. Caen, 11 décembre 1822. C'est l'arrêt qui a donné lieu à l'arrêt de cassat. du 25 avril 1825, même numéro.

constate que les témoins et le testateur n'ont pas signé parce qu'ils étaient illettrés, de ce enquis et requis, il y a mention suffisante que le testateur et les témoins ont déclaré ne savoir signer [1].

De même, la déclaration que le testateur ne sait signer remplit le vœu de la loi qui exige que le testateur énonce la cause qui empêche le testateur de signer [2].

De même encore, lorsque le testament énonce l'olistaef qui a empêché le testateur de signer, et renferme une approbation formelle, par le défunt, de la lecture qui lui a été faite, ces deux circonstances font pleinement présumer que le défunt a déclaré lui-même ne savoir ou ne pouvoir signer [3].

Enfin, un testament contient mention suffisante que le testateur a déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer, lorsqu'il y a une clause ainsi conçue : « Et la testatrice fait sa marque pour ne savoir écrire ni signer, de ce enquis, suivant la loi [4]. » En effet, on voit d'abord que le testateur a été interpellé par le notaire de signer. On voit qu'à cette question le testateur répond par l'apposition d'une marque; ce qui est répondre par les faits qu'il ne sait pas signer. De plus, il est dit que cette marque a été mise pour ne savoir écrire ni signer. Cette clause du testament ne prouve-t-elle pas jusqu'à l'évidence que le testateur a déclaré ne savoir signer, et que l'apposition de la croix a été la suite de sa déclaration?

1589. Au surplus, nous n'en finirions pas si nous voulions examiner, pied à pied, tous les arrêts qui tantôt ont admis les équipollents et tantôt les ont rejetés. Tout cela est subordonné aux circonstances, aux impressions des juges, à la faveur des cas particuliers, à la propension des magistrats pour ou contre le testament. Les principes n'ont rien à voir dans ces conflits d'espèces; ils ne sont pas contestés en eux-mêmes; seulement, dans l'appréciation des faits, il y a plus ou moins de rigueur, suivant la diversité des occasions [5]. Tout ce que nous pouvons dire, c'est qu'il ne faut pas de rigueurs inutiles et que les tribunaux ont été quelquefois plus sévères observateurs de la loi que la loi elle-même ne l'aurait voulu.

1590. Si après l'accomplissement de toutes les formalités exigées et au moment où le testateur prenait la plume pour signer, il venait à expirer avant d'avoir formé son nom, ou même sans l'achever suffisamment de manière à laisser un véritable seing, le testament serait nul, malgré ce que le notaire pourrait dire de la persévérance du testateur jusqu'au moment de sa mort. Car le notaire n'est pas juge de cette persévérance, et il n'est pas plus permis d'y croire que de croire que le défunt n'a pas persévéré. Cette dernière opinion est même la seule admissible, puisqu'elle se trouve corroborée par le défaut de la signature requise par la loi, à peine de nullité. C'est ce qu'a jugé le Châtelet de Paris, en 1780 [6], et nous verrons au numéro suivant les motifs d'un arrêt qui confirme ces idées.

1591. Il reste à examiner un dernier point. La mention de ne pouvoir signer doit-elle être lue au testateur en présence des témoins, conformément à l'art. 972 du Code Napoléon? Ou bien l'art. 973 doit-il être isolé de l'art. 972?

Cette question s'est présentée devant la première chambre de la cour d'appel de Paris, sous ma présidence, dans l'espèce suivante [7].

Le testament d'un sieur A. Picart se terminait ainsi : « Et le testateur a signé avec ledits quatre témoins et le notaire, après une lecture entière des présentes et nouvelles. »

« Ici le testateur ayant déclaré qu'il pourrait encore signer audit volaire en présence des quatre témoins a fait d'inutiles efforts pour y arriver, et à leur vue, enfin, a déclaré que l'état de faiblesse et de fièvre où il était en ce moment l'empêchait absolument de pouvoir signer. de ce interpellé par ledit notaire en présence desdits quatre témoins; quant aux dits quatre témoins et au notaire, ils ont tous signé après une nouvelle et entière lecture de tout ce qui précède. »

Ce testament fut attaqué par la veuve du testateur qui soutenait qu'en droit, il y avait nullité dans l'acte en ce que le notaire n'avait pas mentionné avoir donné lecture au testateur, en présence des témoins, de la déclaration relative à l'impossibilité de signer ses dispositions.

Le tribunal de Sainte-Menehould rejeta la de-

[1] Cassat., 11 pluviôse an vii (Merlin donne à cet arrêt la date du 7 nivôse, *Répert.*, v° Signature, t. XVII, p. 367).

Aus. La déclaration de ne savoir écrire peut équivaloir à celle de ne savoir signer. Br., 5 déc. 1818 (*Jurisp. de Belg.*, 1818, 2, 365).

[2] Liège, 24 novembre 1806 (Devill., 2, 2, 175).

[3] Grenoble, 22 janvier 1810 (Devill., 3, 2, 191).

[4] Colmar, 13 novembre 1813 (Merlin, t. XVII,

p. 568, col. 2). Le pourvoi a été rejeté par arrêt de la cour de cassation du 11 juillet 1816 (Devill., 5, 4, 216).

[5] Douai, 9 novembre 1809 (Devill., 3, 2, 144). Bruxelles, 8 décembre 1810 (Merlin, *Répert.*, v° Signature, t. XVII, p. 369). Liège, 24 novembre 1806 (Devill., 2, 2, 175). Toulouse, 5 avril 1818 (Devill., 5, 2, 571).

[6] Merlin, *Répert.*, v° Signature, p. 629.

[7] 14 juillet 1851 (*Journ. du Palais*, 1852, 2, 195).

mande en nullité; mais sur l'appel, la cour de Paris rendit l'arrêt suivant :

« La cour ;

« Considérant que le testament du 3 décembre 1818 ne constate pas qu'il a été donné lecture au testateur, en présence des témoins, de la déclaration par lui faite que son état de faiblesse l'empêchait de signer l'acte ;

« Que, d'un autre côté, il résulte des faits de la cause, qu'après d'inutiles efforts pour signer, le testateur est tombé en syncope, que son état s'est aggravé, et qu'il est mort quelques heures après ;

« Que c'est surtout lorsqu'il s'agit d'un testament *in extremis* qu'il convient de se conformer scrupuleusement aux formalités édictées par la sagesse du législateur dans le but de prévenir les erreurs ou les surprises, et de donner à la plénitude de volonté du disposant ;

« Considérant que l'art. 973 du Code Napoléon n'a pas cru devoir s'en rapporter au témoignage du notaire seul pour expliquer l'absence de la signature du testateur; qu'il a expressément voulu que ce soit le testateur lui-même qui déclare qu'il ne sait ou ne peut signer ;

« Qu'il serait possible, en effet, que le notaire fut trompé par les apparences, et qu'il attribuât à une impossibilité purement physique ce qui serait la conséquence d'un défaut de volonté ;

« Que, dans les moments qui touchent à l'agonie, et lorsque l'état du malade subit de brusques changements, l'intelligence peut à chaque instant s'éteindre, et la connaissance cesser de persister ;

« Qu'il est certain, en droit, que si le malade vient à être abandonné par ses facultés mentales, avant de signer, le testament reste imparfait ;

« Que c'est pour s'assurer de la persistance de la volonté jusqu'à la fin de l'acte, que l'article 973 a établi que ce serait le disposant lui-même qui déclarerait que, s'il ne signe pas, c'est seulement parce qu'il ne peut pas accomplir cette formalité matérielle ;

« Que cette déclaration est nécessaire pour imprimer à ses dernières dispositions le sceau de la certitude ;

« Considérant que, dans la matière des testaments, différente sous le rapport de la matière des contrats, les déclarations du testateur ne font foi qu'autant qu'elles lui ont été lues par

le notaire en présence des témoins, et qu'il ne les a pas contredites ;

« Que cette épreuve a été jugée indispensable par l'art. 972, pour préserver la rédaction de toute méprise et mettre l'autorité du testament au-dessus de tous les doutes ;

« Qu'il n'y a pas d'exception à cette règle pour la déclaration du testateur de ne pouvoir signer ; que cette déclaration fait partie du testament ; qu'elle est le dernier mot du testateur et la confirmation persévérante et définitive de tout ce qu'il a voulu ; qu'il est de la plus haute importance que l'acte établisse, par une preuve irrécusable, que le notaire n'a pas été trompé par les paroles incertaines et mal articulées d'un malade qui balbutie en présence de la mort ; *balbutiens et lingue senuinecia*, comme dit la loi romaine ;

« Que vainement voudrait-on arriver à une conclusion contraire, en isolant l'art. 973 de l'art. 972 ; mais que ces deux articles doivent s'interpréter l'un par l'autre, non-seulement parce que telle est la règle générale de l'interprétation des lois (L. 24, D., *De legibus*) ; mais encore parce qu'ils se lient ensemble par leur objet et par leur relation à un même ordre de formalités ;

« Que, d'une part, l'art. 973 exige que la déclaration de ne pouvoir signer soit mentionnée dans l'acte ;

« Que, d'autre part, cet acte étant un testament, c'est-à-dire un acte *sub generis*, et qui a des caractères spéciaux, n'est valable, d'après l'art. 972, qu'autant que son contenu a été lu au testateur, en présence de témoins ; qu'il est clair, dès lors, que l'art. 973 n'avait pas besoin de parler de nouveau de la lecture ; que c'eût été une répétition inutile ; que, puisque la déclaration de ne pouvoir signer doit sortir de la bouche du testateur, et qu'elle fait partie de la dictée, elle doit aussi subir le contrôle de la lecture, d'après l'art. 972, auquel l'art. 973 se rattache étroitement et nécessairement, par son renvoi à l'acte même dont l'art. 972 a tracé les formalités substantielles ;

« Qu'ainsi la lettre et l'esprit de la loi sont d'accord pour établir que le testament de Jean-Ambroise Picart manque d'une des formalités édictées, à peine de nullité, par les art. 972, 973 et 1001 du Code Napoléon, etc.

« Met l'appel et ce dont est appel à néant ; émettant, au principal déclare nul [1]... »

[1] Voy., en sens contraire, les arrêts suivants : Douai, 6 mars 1833 (*Dalloz*, 34, 2, 16). Montpellier, 3 juin 1833 (*Journal du Palais*, 34, 1, 3, 2). Pouvoy, 3 juillet 1854 (*Journal du Palais*, 34, 2,

p. 308). Aix, 16 février 1855 (*Journal du Palais*, 1855, 2, 8). Dijon, 2 mars 1855 (*Journal du Palais*, 1855, 2, 10). Douai, 24 mai 1854 (*Journal du Palais*, 1855, 2, 12).

Cet arrêt, dont je suis le rédacteur, pourra paraître sévère : le cas particulier l'explique et l'excuse sous ce rapport. Son plus grand défaut, si c'en est un, c'est d'être en opposition avec

des arrêts de la cour de cassation. Cette cour en est saisie, elle décidera si la cour de Paris a ajouté aux dispositions de la loi [1].

ARTICLE 974.

Le testament devra être signé par les témoins ; et néanmoins, dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins signent, s'il est reçu par un notaire.

SOMMAIRE.

1592. Dans les villes, tous les témoins doivent signer le testament.

1593. Dans les campagnes, il suffit que la moitié des témoins signe. — Raison de cette disposition.

1594. Sens du mot *campagnes*.

1595. Importance de la signature des témoins et du

notaire.

1596. Il suffit, pour ceux des témoins de campagne qui ne savent ou ne peuvent signer, que leur déclaration soit mentionnée.

1597. Du reste, peu importe, lorsqu'il y a identité reconnue, l'irrégularité de la signature.

COMMENTAIRE.

1592. Tout ce que nous avons dit de la signature du testateur s'applique aussi à la signature des témoins. Il est inutile de nous répéter à cet égard. Mais il y a quelque chose à ajouter :

La loi veut que dans les villes le testament soit signé par tous les témoins. On n'est pas embarrassé pour trouver, dans les localités populeuses, des hommes en état d'écrire leur nom. Il est bon que les témoins fortifient autant que possible, par leur signature, l'autorité du testament.

1593. Cependant la difficulté de trouver, dans les campagnes, des individus sachant écrire ou signer, a porté la loi à introduire une exception : dans les campagnes donc, il suffit que deux témoins signent, si le testament est reçu par un notaire assisté de quatre témoins, ou qu'un seul témoin signe, si ce sont deux notaires qui le reçoivent.

Le motif de la loi est extrêmement sage ; il fallait tenir compte de difficultés locales et d'impossibilités matérielles ; il ne fallait pas rendre impossible la confection des testaments.

1594. Mais la rédaction de l'art. 974 a donné lieu à une question. Qu'entend-on par *campagne* ?

Ce mot exclut-il non-seulement les villes, mais encore les bourgs, les populations agglomérées d'une certaine importance qui ne sont pas pleine campagne ?

L'ordonnance de 1735 (art. 45) exigeait la signature de tous les témoins « dans les villes et bourgs fermés. » On comprendra que le Code ait rejeté cette expression, parce que la plupart des villes et bourgs de la France n'ont ni portes ni murailles. Mais doit-on conclure de l'ordonnance de 1735 que le mot « campagne, » dont la loi nouvelle se sert, soit employé par opposition aux mots « villes et bourgs, » de telle sorte que tout ce qui sera ville ou bourg ne pourra être considéré comme campagne ? Dans l'origine on avait pu croire que l'art. 974 avait employé le mot « campagne » par opposition au mot « ville » (2). Cette opinion était beaucoup trop exclusive, et il résulte de l'esprit général de la jurisprudence actuelle que, la loi n'ayant tracé aucune règle pour déterminer quels sont les lieux qui doivent être considérés comme campagne et profiter de l'exception portée par l'art. 974, c'est aux magistrats de déterminer, soit d'après la population du lieu où le testament

[1] Depuis que ceci a été écrit, la cour de cassation a statué. Elle a cassé l'arrêt de la cour de Paris, mais en se fondant sur ce que, contrairement aux appréciations de cet arrêt, le testament constatait suffisamment, en fait, que la lecture avait été donnée au testateur de la déclaration par lui faite de son impossibilité de signer. L'arrêt de la cour de cassation est du 24 mai 1853

(voy. *Journal du Palais*, 1853, part. 2, p. 7). Il faut voir les observations de l'arrétiste. Il prétend que le moyen, en fait, n'aurait pas dû être admis. J'avoue qu'aucun des juges de la cause ne l'avait aperçu, et les parties elles-mêmes ne s'y étaient pas arrêtées.

[2] Douai, 1^{er} juin 1812 (*Journal du Palais*, 10, p. 434).

est reçu, soit d'après d'autres circonstances, si le testament est dans le cas de l'exception [1].

Ces circonstances peuvent être nombreuses. Ainsi on pourrait voir une campagne, au moins dans le sens de l'art. 974 du Code Napoléon, dans un village aggloméré qui n'aurait ni notaire, ni justice de paix, ni école, ni poste aux lettres, ni aucune de ces industries locales, telles qu'auberges, cafés, boucheries, qui font supposer l'existence de gens sachant lire et écrire. La loi suppose, en effet, que la localité qu'elle met hors de la règle ordinaire ne permet pas de trouver des témoins aptes à signer. Quand le village, par les conditions où il est placé, à raison du défaut de commerce, d'industrie et d'établissements, n'est pas de ceux où le notaire puisse facilement réunir des témoins sachant signer, la présomption de l'art. 974 se réalise, et l'on ne doit pas hésiter à classer la commune ou le village parmi les lieux de campagne. Toullier cite un autre exemple [2] : c'est le cas où un testament aurait été fait dans un lieu dépendant d'une ville, mais à une distance fort éloignée. Nous n'hésitons pas à conclure avec lui que le lieu pourrait être alors considéré comme campagne, quoique en général le hameau, dépendant de la ville, en fasse partie [3].

1595. La signature des témoins est un complément si nécessaire du testament que si le

testateur, ayant signé, décédait avant la signature des témoins et du notaire, le testament serait nul. La signature des notaires et des témoins est aussi importante que la date et toutes les mentions voulues par la loi. Or, si le testateur décédait avant ces formalités, bien évidemment le testament serait nul, comme nous l'avons dit ailleurs [4] ; il doit en être de même dans le cas dont nous parlons. La mort du testateur donne effet au testament lorsqu'il est parfait ; mais s'il succombe lorsque l'acte est encore imparfait, il meurt *intestat*. On ne peut achever, après la mort d'un homme, un acte de volonté qu'il a laissé dans un état d'imperfection [5].

1596. La loi n'exige pas que l'acte fasse mention de la cause qui empêche les témoins non signataires de signer, ni de la déclaration qu'ils ont faite de ne savoir ou pouvoir signer.

En cela, le Code n'a pas répété les dispositions de l'ordonnance de 1735, qui exigeait [6] qu'il fût fait mention de la déclaration des témoins de ne savoir signer, dans les cas où cette signature n'était pas effectivement requise [7].

1597. Observons, en terminant, quoique cela rentre dans les idées exposées ci-dessus, que l'omission de quelques lettres dans la signature ne tire pas à conséquence, si d'ailleurs aucun doute n'existe sur l'identité de la personne [8].

ARTICLE 975.

Ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus.

SOMMAIRE.

1598. De certaines incapacités relatives d'être témoin instrumentaire en droit romain et en droit coutumier.
1599. L'ordonnance de 1735 prononce l'exclusion de tous les légataires comme témoins. — Le Code a adopté cette disposition.

1600. Si les témoins étaient intéressés au testament ou nuires, le testament serait valable.
1601. L'excuse testamentaire non gratifiée peut être témoin.
1602. Les parents des personnes intéressées au testament ne sauraient être témoins instrumen-

[1] Voy. notamment cassat., 10 juin 1817 (Devill., 3, 1, 327) ; Bordeaux, 7 mars 1827 ; et sur le pourvoi, cassat., rej., 10 mars 1829 (Devill., 9, 1, 246) ; *Journal du Palais*, 22, 781. Lyon, 29 novembre 1828 (Devill., 9, 2, 163). Grenoble, 12 mars 1852 (Devill., 33, 2, 133).

[2] T. V, n° 445.

Ass. Voir, sur cette question, un arrêt de la cour de Bruxelles du 18 déc. 1824 (*Jurisp. de Belg.*, 1824, 2, 283).

[3] « *Nomen appellativum urbis*, » dit Pothier en

paraphrasant la loi 2, D., *De verb. signif.* (*Pandectes*, l. II, p. 531, n° 241), « *si solum sit, maris finitur, et cum quis de his urbibus loquitur quo suburbia habent, nomen verò proprium eorum urbium, etiam suburbana complectitur.* »

[4] *Supra*, n° 1590.

[5] Toullier, t. V, n° 444, p. 435, dernier alinéa.

[6] Art. 28, 34, 43.

[7] Merlin, *Répert.*, v° *Signature*, t. XVII, p. 539.

[8] *Supra*, n° 1580. Cassat., 24 juillet 1840 (Devill., 41, 1, 79). Cassat., 4 mars 1841 (Devill., 41, 1, 442).

taires. — Du droit romain et du droit coutumier sur ce point.

1603. Quid des parents et alliés du testateur?

1604. Quid du domestique du légataire et du domestique du testateur?

1605. Quid des parents et alliés des notaires?

1606. Les clercs des notaires étant compris dans la prohibition, il en est de même *a fortiori* des domestiques des notaires.

1607. La nullité provenant de la présence d'un témoin intéressé au testament ne porte-t-elle que sur la disposition relative à ce témoin?

1608. Quid si le legs fait au témoin était nul et considéré comme non écrit?

1609. La capacité exigée ici dans les témoins n'est pas applicable aux témoins de l'acte de suscription du testament mystique.

1610. Le notaire ne doit être parent d'aucun des légataires.

1611. Mais que décider s'il était constant que le notaire ignorait sa parenté avec le légataire? — Quid si l'individualité du légataire devait rester incertaine jusqu'au jour du décès?

1612. Le notaire ne pourrait recevoir un testament dans lequel il serait lui-même institué.

1613. Mais il faut pour cela que la disposition dont il s'agit soit faite *in favorem*.

COMMENTAIRE.

1598. Notre article s'occupe de certaines incapacités relatives qui ne permettent pas de prendre pour témoins différentes classes de personnes. Ces personnes sont les légataires et leurs parents, les clercs du notaire chargé de la rédaction.

La prohibition de notre article à l'égard des légataires est une imitation du droit romain : « *Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest* [1]. »

Mais remarquez que dans le droit romain la prohibition se restreignait à l'héritier institué ; quant aux légataires proprement dits, ils pouvaient être témoins d'après la loi même que nous venons de citer. Cette décision était fondée sur ce que les légataires n'étaient pas *successores juris* [2], que souvent le testateur aimait à leur donner un legs en récompense de ce qu'ils avaient assisté à son testament, et pour les encourager à déposer sur les faits dont ils avaient été témoins. On ne voulait pas (comme le dit Milliger) [3] que ce qui avait été fait pour assurer l'exécution du testament tournât à sa destruction.

Mais la plupart des coutumes ne faisaient pas la distinction du droit romain entre les héritiers et les légataires, et prononçaient contre ces derniers la prohibition d'être témoins. D'ailleurs (et cette raison est la principale), comme elles se contentaient d'un nombre de témoins moins considérable que dans le droit romain, il était juste qu'elles fussent plus rigoureuses sur la qualité de ces témoins, et qu'elles exigeassent, avec plus de sévérité, qu'ils fussent exempts de

tout reproche et de tout intérêt [4].

1599. Quelques auteurs pensaient, cependant, que rien n'empêchait d'être témoin celui qui recevait un legs modique ; plusieurs arrêts l'avaient ainsi décidé, et la jurisprudence était que cette prohibition ne devait pas être interprétée à la rigueur [5]. Mais c'était là un relâchement qui pouvait avoir des inconvénients, et l'art. 43 de l'ordonnance de 1735 fixa ce point de droit en prononçant l'exclusion de tous légataires universels ou particuliers [6].

C'est ce parti que le Code Napoléon a adopté ; moins exigeant que le droit romain sur le nombre des témoins, il devait se montrer plus sévère sur le défaut d'intérêt. Il suit de là que sous le Code Napoléon comme sous l'ordonnance de 1735, dont il a entendu reproduire la sévérité, lors même que le legs serait modique et purement rémunératoire, lors même qu'il s'adresserait à des témoins ayant une fortune considérable à qui le testateur voudrait se borner à donner un témoignage d'amitié, et qu'il ne pourrait, par conséquent, être présumé avoir une influence quelconque sur l'indépendance de leur esprit, il y aurait nullité, parce que, sous quelque prétexte que ce soit, le légataire ne peut être témoin instrumentaire du testament [7] ; les termes de notre article sont aussi précis que possible à cet égard.

1600. Remarquons, avec Ricard [8], que si les témoins, sans être intéressés *ut singuli* au testament, y étaient cependant intéressés comme faisant partie d'une communauté (*ut universi*), le testament, dont ils assurent l'au-

[1] L. 20, D., *Qui test. facere possunt*, Instit., § 10, *De test. ordin.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 176, n° 30.

[2] *Donau, Comm.*, t. 6, esp. 7, n° 20 et seq.

[3] Milliger, note 14, sur *Donau*, loc. cit.

[4] La coutume de Paris disait : « Un testament doit être passé en présence de témoins mâles, idoines, « sabbants et non légataires. » (Art. 83.) *Junge Vitry*, art. 102, ch. 6, Orléans, art. 339.

[5] *Ferréras, sur Paris*, dit que cela se jugeait ainsi sous l'empire de la coutume de Vitry, conforme à celle

de Paris. Il cite un arrêt de 1668 et un de 1677.

[6] Pothier *sur Orléans*, *Introd.* au tit. XVI, § 2, n° 14.

[7] *Cassat.*, 13 décembre 1847 (Devill., 48, 1, 272. *Journal du Palais*, 48, 1, 32).

[8] Ricard, part. 1, n° 354. Il cite un arrêt de la grand'chambre, du 3 mars 1654, qui ordonna l'exécution d'un testament reçu par un notaire en présence de témoins de Nogent-le-Rotrou, quoiqu'il contiât un legs universel au profit des habitants de cette ville.

théniatité par leur présence, serait valable. Car *quod universitati debetur, singulis non debetur* [1].

1601. L'exécuteur testamentaire, désigné par le testateur *ut ministrum* et sans être gratifié, peut, sans difficulté, être témoin instrumentaire; car il ne profite en rien du testament [2].

1602. La loi n'écarte pas seulement ceux qui ont un intérêt personnel au testament; elle écarte encore leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement.

C'est ce que faisait la loi romaine par rapport aux héritiers institués. Elle éloignait les enfants qu'ils avaient sous leur puissance, leur père lorsqu'ils n'étaient pas émancipés, et leurs frères soumis comme eux à la puissance paternelle [3].

A l'égard des pays coutumiers, il y avait, sur ce point, une grande variété d'opinions. Pothier pensait que même le père du légataire pouvait être témoin [4].

Le Code a fait cesser ce conflit par une disposition qui doit être approuvée.

1603. L'art. 975 ne parle pas des parents et alliés du testateur qui seraient appelés comme témoins au testament. Doit-on les placer sur la même ligne que les parents et alliés du légataire et les déclarer frappés d'incapacité? Le Code ne s'est point prononcé à leur égard; mais la loi de ventôse exclut formellement du droit de concourir aux actes notariés les parents et alliés des parties, et la question est de savoir si cette loi leur est applicable.

Si l'on voulait aller chercher des analogies dans le droit romain, on pourrait dire que ce droit repoussait le témoignage de ceux qui étaient placés sous la puissance du testateur [5]. Il en était de même du témoignage de ceux en la puissance desquels le testateur se trouvait et de ceux qui étaient avec lui en la puissance d'un père commun [6]. Ne faisant avec le testateur qu'une seule et même personne, ils n'avaient qu'un seul et même intérêt [7].

Mais ces notions du droit romain n'ont pas d'application dans cette partie du droit fran-

çais, où la puissance paternelle n'est plus ce qu'elle était en droit romain [8]. Le fils devenu majeur peut être témoin dans le testament de son père; à *fortiori*, le père dans le testament de son fils, l'oncle dans celui du neveu, le neveu dans celui de l'oncle.

Il est vrai que la loi de ventôse dit que les parents ou alliés (jusqu'au quatrième degré en ligne collatérale) des parties contractantes ne pourront être témoins dans les actes notariés. — Mais ces expressions « des parties contractantes » indiquent que l'art. 10 ne s'applique qu'aux contrats [9].

En effet, le Code Napoléon est la loi unique et complète qui régit la forme des testaments; il définit dans ses différents articles la capacité spéciale des témoins [10]. Il ne faut donc pas aller chercher dans la loi de ventôse des dispositions que le Code Napoléon n'a pas voulu s'approprier.

On objecterait vainement que le Code, en gardant le silence, a entendu laisser cette classe de personnes sous la prohibition de la loi de ventôse. Le législateur a si bien reconnu qu'il introduisait dans le Code un droit spécial en dehors de la loi de ventôse, qu'il a cru devoir exclure nommément les clercs des notaires, déjà expressément exclus par la loi de ventôse.

Enfin, ce qui prouve cette intention du législateur, c'est qu'elle est formellement annoncée dans le rapport présenté par Jaubert au tribunal [11]. « Cette loi générale, » disait Jaubert en parlant de la loi de ventôse, « ne peut pas être » invoquée dans la matière des testaments pour « lesquels une loi particulière règle tout ce qui » est relatif aux témoins. »

La jurisprudence n'a pas eu à statuer sur le point de savoir si les parents ou alliés du testateur peuvent être témoins; mais elle a eu plusieurs fois occasion de se prononcer sur l'application de la loi de ventôse à d'autres cas de capacité de témoins testamentaires. C'est ce que nous verrons plus bas dans des espèces auxquelles nous renvoyons [12] et où les raisons que nous venons d'exposer ont fait la base de la décision des tribunaux et des auteurs [13].

[1] L. 7, § 1, D., *Quod ejusdemque civitatis*. Junge Pothier, loc. cit. Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, p. 764, col. 2. Liège, 23 juillet 1806 (Devill., 2, 1, 159). Cassat., 14 septembre 1809 (Devill., 3, 1, 107).

Ces arrêts jugent qu'un prêtre peut être témoin dans un testament qui contient des dispositions en faveur de l'église qu'il dessert. En février 1746, le parlement de Paris avait rendu un arrêt semblable.

[2] Ricard, loc. cit., n° 354. Pothier sur Orléans, Improd. au tit. XVI, n° 14. Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, p. 400.

[3] Instit., § 10, *De testam. ordin.*

[4] Pothier, *Donat. testam.*, ch. 1, art. 3, § 3.

[5] Ulpian, l. 20, D., *Qui test. forere possunt*, l. 6, D., *De testibus*.

[6] Instit., § 9, *De testam. ordin.* Fargueil, *Testam.*, ch. 3, sect. 2, n° 22.

[7] Poujol, n° 16, sur l'art. 976.

[8] Merlin, *Répert.*, v° *Témoin instrum.*, t. XIII, § 2, n° 3170, p. 400.

[9] Merlin, loc. cit.

[10] Art. 975, 980.

[11] Loève, t. XI, p. 466 et 467.

[12] Voy. nos 1610 et 1613.

[13] Voy. Merlin, loc. cit. Toullier, t. V, n° 309. Duranton, t. IX, n° 416. Vazeille, n° 8, sur l'art. 975.

1604. Le Code ne s'est point non plus expliqué sur les domestiques des légataires et du testateur. Mais, par les raisons que nous venons de dire (1), l'art. 10 de la loi du 25 ventôse an xi, qui exclut les domestiques des parties, n'est pas applicable ici. On ne trouve rien dans l'ancien droit qui écarte leur témoignage dans les testaments. Si le Code avait voulu les rendre incapables, il s'en serait expliqué, comme il l'a fait pour d'autres personnes, notamment pour les clercs des notaires, ou pour les parents ou alliés des légataires. Mais comme il n'a rien dit à cet égard, il faut en conclure qu'il a entendu les laisser dans le droit commun. Dans une espèce où le domestique de l'un des légataires avait été témoin, la cour de Caen, par un arrêt fortement motivé du 4 décembre 1812 (2), a consacré l'inapplicabilité de la loi de ventôse en cette matière, et c'est aussi ce qu'a jugé la cour de cassation dans un cas où il s'agissait de la capacité d'un domestique du testateur (3).

1605. Il suit de ce que nous avons dit sur les parents et alliés du testateur, qu'on peut admettre comme témoins les parents et alliés du notaire qui reçoit le testament. Cela est d'autant moins douteux que notre article n'établit d'incapacité pour les témoins, relativement au notaire, que dans la personne de ses clercs. Cette opinion, cependant, a rencontré des adversaires parmi ceux-là mêmes qui ne voient aucune difficulté à permettre le témoignage des parents ou alliés du testateur (4). C'est là évidemment une contradiction. Durantou prétend la justifier en faisant la distinction suivante : « C'est le Code » qui règle les qualités générales que doivent » avoir les témoins appelés aux testaments ; » quant aux qualités personnelles requises dans » chaque individu, abstraction faite de la per- » sonne du testateur, elles sont réglées par la » loi du notariat. » Mais cette distinction est arbitraire ; elle est formellement repoussée par la loi qui exclut les clercs des notaires du droit d'être témoins au testament (5). Or, ne résulte-t-il pas de là que, même dans le cas où le témoin n'a pas de relation avec le testateur, le

Code n'a point entendu se reposer sur la loi de ventôse du soin d'établir une prohibition à cet égard.

1606. Nous venons de voir que notre article ne veut pas que les clercs de notaire soient témoins dans les testaments reçus par l'officier dans l'étude duquel ils sont placés : il ne s'explique pas sur les domestiques du notaire. Néanmoins, il suit de là, par un argument *à fortiori*, qu'il a entendu exclure les domestiques du notaire, qui sont bien plus sous l'autorité et la dépendance de ce dernier. Dans l'ancien droit, d'ailleurs (6), les domestiques du notaire ne pouvaient être témoins. Le Code ne saurait avoir voulu innover à cet égard (7).

1607. On a soutenu que la nullité provenant de la présence d'un témoin au testament ne tombe pas sur tout le testament, qu'elle ne porte que sur la disposition à laquelle ce témoin est intéressé. Cette opinion n'est pas admissible : aussi a-t-elle été proscrite par la jurisprudence (8) ; car la forme des actes est indivisible et les nullités qui y touchent sont absolues.

1608. *Quid* si le legs fait à un témoin, et qui rend celui-ci incapable, était nul ou considéré comme non écrit ? La cour de Paris s'est prononcée pour la validité du testament (9). Mais ce ne peut être là qu'une concession faite à la faveur d'un cas particulier. En effet, la prohibition existait au moment de la rédaction du testament, le témoin s'est réellement et gratifié par ce même testament ; dès lors, il n'avait pas le caractère d'impartialité requis par la loi pour assurer l'authenticité de l'acte ; ce n'est qu'*ex post facto* que le legs a été reconnu nul, et le testament étant nul dès son origine par défaut d'un témoin désintéressé, il n'a pu devenir valable par la suite.

Partant de là, il faut décider que, lorsque le testament renferme un legs à un témoin caehé sous l'apparence d'une reconnaissance de dette, il est nul, si au fond c'est une véritable libéralité (10).

1609. Notre article ne s'applique qu'aux témoins dont l'assistance est requise pour les testaments faits par-devant notaire. Il ne régit

Coin-Delisle, n° 36, sur l'art. 980. Dalloz, t. V, ch. 6, sect. 4, art. 5, § 4, n° 21. Marcadé, t. IV, n° 36.

(1) *Supra*, n° 1605.

(2) Devill., 4, 2, 209. Voy. aussi Merlin, *Repert.*, v° *Témoin instrum.*, § 2, n° 3, p. 613, col. 2. Delvincourt, t. II, note 7, sur la p. 86. Dalloz, *Disposit.*, *entre-vifs et testam.*, ch. 6, sect. 4, art. 5, § 4, n° 17. Coin-Delisle, n° 37, sur l'art. 980.

(3) Cassat., chambre des requêtes, 5 août 1841 (Deville, 41, 1, 865). Jugez Durantou, t. IX, n° 116. Poujol, n° 16, sur l'art. 974. Coin-Delisle, n° 36, sur l'art. 980.

(4) Toullier, t. V, n° 402. Durantou, t. IX, n° 115. Dalloz, *loc. cit.*, n° 27.

(5) N° 1604.

(6) Ord. de 1735, art. 42. Pothier, *Traité des donat. test.*, ch. 1, art. 5, § 5.

(7) Merlin, *Repert.*, v° *Testament*, sect. 2, § 8, art. 2, note de la p. 670. Grenier, n° 253. Bayle-Mouillard, même numéro, note sur Grenier. Toullier, t. V, n° 402. Durantou, t. IX, n° 115.

(8) Bordeaux, 14 juillet 1807 (*Journal du Palais*, 6, 204). Riom, 26 décembre 1809 (Deville, 3, 2, 167). Metz, 1^{re} février 1821 (*Journal du Palais*, 16, 357). Cassat., 27 nov. 1833 (Deville, 34, 1, 266).

(9) 26 janvier 1808 (Deville, 2, 2, 335).

(10) Bordeaux, 3 avril 1841 (S., 41, 2, 361).

pas la capacité des témoins de l'acte de suscription du testament mystique [1].

1610. Nous venons de parler, avec notre article, des témoins du testament et de l'incapacité dont ils sont frappés, quand ils sont liés à la validité de cet acte par un intérêt personnel.

Quant au notaire, il reste sous l'empire de la loi constitutive de sa profession, loi qui le suit et le gouverne évidemment quand il reçoit un testament.

Or, cette loi [2] conduit nécessairement à décider qu'il ne saurait être parent d'aucune des personnes gratifiées dans le testament, jusqu'au degré d'uncle ou de neveu inclusivement [3].

1611. Mais que devrait-on décider s'il était établi que le notaire ignorait sa parenté avec le légataire, si, par exemple, l'individualité du légataire devait être incertaine jusqu'au jour du décès du testateur ? Nous croyons, avec la jurisprudence [4], qu'il serait trop rigoureux, dans un cas pareil, d'appliquer la loi de ventôse et de prononcer la nullité du testament.

Les motifs de la suspicion de la loi s'évanouissent alors. Le notaire a été libre. Il n'a pas été influencé.

1612. Le notaire ne peut être parent d'un légataire : à plus forte raison est-il incapable d'être lui-même institué par le testament qu'il reçoit ; il ne saurait être ministre en sa propre cause [5].

1613. Remarquez, cependant, que le testament qui contient une disposition faite au notaire ne serait nul qu'autant que cette disposition serait faite *in favorem* pour le notaire et constituerait un titre pour lui [6]. Ainsi, serait valable le legs d'honoraires dus antérieurement au notaire [7], ou le legs d'une somme d'argent, montant d'un billet dû au notaire, s'il était constant que le créancier n'a été relevé d'aucune déchéance ou prescription, et que le billet par lui représenté n'était attaqué sous aucun rapport [8]. En effet, le testament n'est pas le titre du notaire, et la créance de celui-ci n'est pas liée au sort du testament. D'où il suit que le rappel de la créance fait dans le testament n'est pas une de ces dispositions faites en faveur du notaire, dont parle la loi de ventôse au xi. Le but de ce rappel n'est pas de gratifier, mais de faire connaître à l'héritier le passif dont il est chargé.

ARTICLE 976.

Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre. Sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. Le testateur le présentera ainsi clos et scellé au notaire, et à six témoins au moins, ou il le fera clore et sceller en leur présence ; et il déclarera que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui : le notaire en dressera l'acte de suscription, qui sera écrit sur ce papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe ; cet acte sera signé tant par le testateur que par le notaire, ensemble par les témoins. Tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à autres actes ; et en cas que le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne puisse signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il aura faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins.

SOMMAIRE.

1614. Du testament mystique en droit romain. — Des formalités relatives à l'écriture.

1615. Des formalités relatives au nombre des témoins.
1616. De l'acte de suscription, suivant le droit romain.

[1] Voy. *infra*, no 1063.

[2] Art. 8 et 68 de la loi de ventôse.

[3] Douni, 29 mai 1810 (Devill., 3, 2, 280). Douni, 17 mars 1815 (Devill., 5, 2, 30). Lyon, 29 avril 1823 ; et sur le pouvoir, Cassat., rej., 20 juin 1827 (Devill., 8, 2, 622). Boorges, 30 juin 1828 (Devill., 9, 2, 101).

[4] Cassat., 15 dec. 1847 (Devill., 48, 1, 530). Cassat., 20 juin 1827 (Devill., 8, 1, 622). Cassat.,

31 juillet 1834 (Devill., 34, 1, 452).

[5] Art. 8 de la loi du 25 ventôse an xi.

[6] L'art. 8 de la loi de ventôse dit : « Qui constitue » droit quelque disposition en leur faveur. »

[7] Cass., 27 mai 1843 (*J. du Palais*, 1843, 2, 547).

[8] Ce dernier point a été ainsi décidé par la cour de cassation, par arrêt du 4 mai 1840, à mon rapport (Devill., 40, 1, 402. *Journal du Palais*, 1840, 2, 113).

1617. Les formalités de cet acte devaient s'accomplir *sub contextu*.
1618. Elles étaient prescrites à peine de nullité. — Pen importait que les témoins ignorassent ou non le contenu du testament.
1619. L'usage de ce testament dans les pays de droit écrit. — Il est adopté par l'ordonnance de 1735 et par le Code Napoléon. — Division des formalités prescrites par l'art. 976.
1620. 1^o De l'écriture intérieure du testament mystique. — De la signature.
1621. Avenant condition particulière n'est exigée de la part de celui qui écrit le testament intérieur.
1622. La mention de la dictée est inutile dans l'acte intérieur.
1623. Il en est de même de la mention de la date.
1624. L'unité de contexte n'est pas exigée non plus pour l'acte intérieur.
1625. Le testateur peut garder le secret de ses dispositions : il se borne à déclarer que l'acte qu'il présente contient sa volonté.
1626. 2^o De la clôture et du scel soit sur la feuille intérieure, soit sur l'enveloppe.
1627. Sens des mots *clos et scellé*. — L'impreinto du sceau n'est pas nécessaire.
1628. Dans tous les cas, le sceau employé peut n'être pas celui du testateur.
1629. Le testament n'en doit pas moins être clos et scellé, quand l'acte de suscription est sur la même feuille que l'écrit testamentaire. — En quoi le secret n'est pas de l'essence du testament mystique.
1630. Qu'il si l'enveloppe et la clôture sont imparfaites?
1631. 3^o Présentation aux témoins et au notaire avec déclaration. — Conséquence de la déclaration quant à l'écriture du testament, et cette déclaration est en contradiction avec le fait. — Distinction.
1632. Nombre des témoins. — L'exception de l'art. 974 n'est pas applicable ici.
1633. Les héritiers et légataires peuvent être témoins aux actes de suscription des testaments mystiques. — Ils sont légalement inconnus.
1634. Il en est de même de l'écritain du testament.
1635. La loi ne prononce aucune incapacité contre les témoins du testament mystique relativement au testateur et au notaire.
1636. Celui qui n'entend pas la langue du testateur peut-il être témoin dans un testament mystique?
1637. 4^o Acte de suscription. — Sens du mot *dresser*, employé dans l'art. 976.
1638. Un notaire peut-il, après avoir écrit comme personne privée un testament qui contient des dispositions en sa faveur, recevoir l'acte de suscription?
1639. L'acte de suscription doit être écrit sur le papier même ou sur l'enveloppe du testament.
1640. Mentions qui doit contenir l'acte de suscription.
1641. Ces mentions, du reste, peuvent résulter d'équipollents. — Exemples quant à la présentation et à la déclaration.
1642. Exemple d'un cas où la présentation a pu suffisamment résulter du contexte de l'acte.
1643. De la mention relative à la clôture et au scel. Il suffit qu'il résulte des circonstances et des faits matériels la preuve que le procès-verbal contient tout ce qui est essentiel pour la validité de l'acte. — Exemple.
1644. Autre exemple d'un cas où le notaire s'était borné à constater que le testament était scellé.
1645. De la mention de l'écriture par le notaire.
1646. De la mention des signatures du testateur et des témoins.
1647. De la place que cette dernière mention doit occuper dans l'acte.
1648. De la mention de la signature du notaire.
1649. De la mention de la lecture de l'acte de suscription.
1650. De la date.
1651. De l'unité de contexte.
1652. Le testament mystique est un acte authentique. — Conséquences.
1653. Doit-il être passé en minute, à peine de nullité?
1654. Le testament nul en la forme mystique peut valoir comme testament olographe.
1655. *A fortiori* si le testateur a énoncé la volonté que son testament vailût dans la meilleure forme (omni meliori modo).

COMMENTAIRE.

1614. Le testament mystique, ou secret [1], est d'origine romaine. C'est lui qui est appelé *solennel* dans les lois du Digeste; les formalités en sont réglées dans divers textes du *Corpus Juris* [2]. Adopté par le droit français, le testament mystique est la forme que la loi environne de plus de solennités, parce qu'il s'agit non-seulement de garantir la volonté du testateur, mais encore de constater l'identité de l'écrit qui contient ses dispositions et de celui sur lequel on dresse l'acte de suscription [3].

Dans le droit romain l'écriture était de l'essence du testament mystique; à la différence du

testament nuncupatif, l'écriture faisait partie de la solennité [4]. Le testament pouvait être écrit de la main du testateur ou de toute autre personne employée par lui [5]. Mais quand l'écriture était de la main d'autrui, il fallait qu'il parût que le testateur l'avait dictée [6], afin que l'on fût sûr que c'était sa volonté et non celle de l'écrivain. Il fallait, de plus, que le testateur signât l'intérieur du testament; telle était, du moins, la jurisprudence, quand c'était une main étrangère qui avait écrit le testament [7]. Mais lorsque l'intérieur était écrit de la main du testateur, il suffisait qu'il signât sur l'enveloppe.

[1] Cujas, *Recit. solenn.* sur le titre du Code *De testam.*

[2] L. 28 et 29, D., *Qui test. facere possunt*, L. *Hæc consuetudine*, 21, C., *De testam.*, novell. 119, cap. 9. Voy. Potbier, *Pand.*, t. II, p. 178, n^o 39. Furgole, *Testam.*, t. I, ch. 2, sect. 1, n^o 5 et suiv.

[3] Joubert, *Rapp. au Trib. Voy. Locré*, t. II, p. 433.

[4] L. 21, *In princip.*, et § 1, C., *De testam.*

[5] L. *ead.*, *cod. titulo*.

[6] L. 2, § 7, D., *De bonor. possess. secund. tab.* L. 28, D., *Qui test. facere poss.* L. 21, C., *précitée*.

[7] Furgole, *loc. cit.*, n^o 4.

Peu importait, du reste, que l'écrivain fût mâle ou femelle (1), libre ou esclave (2). Telles étaient les formalités relatives à l'écriture (3).

1615. Cette première opération faite, le testateur devait appeler sept témoins, mâles, pubères, *integræ status*, citoyens romains, *de eo rogati*, et sachant écrire, puisqu'ils devaient signer (4). On s'est demandé pourquoi le législateur avait exigé la présence de sept témoins. Osuald Hilliger, annotateur de Doneau (5), croit que ce n'est pas le caprice qui fit choisir ce nombre, mais le respect que dans presque tous les temps on a montré pour le nombre sept, qui a une si grande influence dans les périodes de la vie de l'homme, dans les maladies, dans les changements de tempéraments, etc. Si dans le testament *per as et libram* on n'avait requis que l'assistance de cinq témoins seulement, c'est à cause du caractère politique de cette forme de tester, qui avait été la première en date et qui, se conformant à la division du peuple romain en cinq classes, d'après les institutions de Servius Tullius, exigeait l'assistance de cinq témoins, pour que chaque témoin représentât une classe.

1616. Ces témoins étant réunis, le testateur leur présentait son testament clos et enveloppé (6), et il déclarait que l'écrit contenait ses dernières volontés. Une enveloppe recevait les signatures (7), et cet acte extérieur conservait la foi de l'acte intérieur, suivant l'élégante expression de Paul (8). Le testateur signait s'il savait écrire; sinon on appelait huit témoins qui signaient en son nom. Après quoi les témoins apposaient sur l'enveloppe leurs sceaux et seings (9) suivant cette formule : *Ego Lucius Titius Cui testamenti signavi* (10). Si le testateur avait écrit le testament, il n'était pas nécessaire qu'il le signât sur l'enveloppe. Justinien avait d'abord voulu que le testateur écrivît de sa main le nom de l'héritier institué; mais il abrogea cette formalité (11), et l'empereur Léon (12) retraucha celle des sceaux et seings manuels des témoins. Cet usage, en ce qui con-

cerne le seing manuel ou signature, se maintint longtemps en Occident, par un abus général, fruit de l'ignorance et de l'ineurie (13).

1617. Enfin, on devait procéder à toutes ces opérations *uno contextu*, c'est-à-dire dans le même temps; ce qui n'empêchait pas qu'un témoin ne pût sortir un instant pour vaquer à des nécessités naturelles (14).

1618. Toutes ces formalités étaient prescrites à peine de nullité, et le testament ne pouvait valoir comme testament nuncupatif, à moins que le testateur n'en eût déclaré sa volonté en présence des témoins (15).

Du reste, le testament mystique était valable, quoique les témoins en ignorassent le contenu (16). C'était même pour cacher sa volonté aux témoins, que le testament mystique était préféré et offrait au testateur une forme commode (17).

1619. Les pays coutumiers n'adoptèrent pas l'usage du testament solennel ou mystique (18); mais il était pratiqué dans toutes les provinces du droit écrit. L'ordonnance de 1733 en règle les formalités en s'appuyant sur les lois romaines (19), et le Code Napoléon a suivi de très-près cette ordonnance.

Nous allons passer en revue les formalités prescrites par notre article et qui peuvent se diviser ainsi :

- 1^{re} Écriture intérieure;
- 2^e Clôture et scel;
- 3^e Présentation aux témoins et au notaire avec déclaration;
- 4^e Acte de suscription;
- 5^e Unité de temps et de lieu.

1620. Le testateur doit écrire lui-même ses dernières dispositions et les signer; s'il ne veut ou ne peut les écrire lui-même, il peut les faire écrire par une tierce personne et les signer. Cependant la signature du testateur n'est pas obligatoire à peine de nullité. C'est ce qui résulte de l'article suivant qui prévoit le cas où le testament n'est pas signé, et exige alors un témoin

[1] L. 6, § 3, et L. 15, § 5, D., *De falsis*.

[2] L. 28, D., *Qui test. facere poss.*

[3] Doneau, *Comment.*, VI, 7, 2, 3 et suiv.

[4] L. 21, C., *De testam.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 178, n° 39.

[5] Sur Doneau, VI, 7, note 6. Voy. dans notre préface une autre explication de Pothier.

[6] « *Consignatum, vel ligatum, vel tantum clausum, « incontinentique proferre scripturam.* » (Justin., l. 21, C., *De testam.*)

[7] « *Offere signandum et subscribendum.* » (Suetone, *Veru.*, 17, loi précitée.) Saumaise, *De subscrib. et sign. testam.*

[8] Paul, *Sententiar.*, l. 3, tit. 25, *Ad leg. Corn., testam.*, § 6. Cujas, sur le tit. C., *De testam.*

[9] « *Quo facto, et testibus uno eodemque die ac tem-*

porè subscribentibus et consignamentibus, testamentum « valere. » (Loi 21 précitée.)

[10] Paul, *Sententiar.*, l. 3, tit. 25, § 6. Cujas, *loc. cit.*

[11] Nouvelle 119, ch. 9.

[12] Nouvelle 42.

[13] Mabillon, *De re diplom.*, 2, 22, 6. Pasquier, *Recherches*, 10, 15. Loysseau, *Offices*, 2, 4, 15. Foergole, t. I, ch. 2, secl. I, n° 8, 9, 10, 11.

[14] L. 21, § ultim., D., *Qui testam. facere poss.*, l. 21, C., *De testam.*, § 5, Instil., *De testam. ordin.* Voy. infra, n° 1644.

[15] L. 50, C., *De testam.*

[16] L. 21, C., *De testam.*

[17] Cujas, sur le tit. C., *De testam.*

[18] Chabrol sur la cout. d'Autvergne, 12, 48.

[19] Art. 8, 9, 10, 11 et 12.

de plus. De là il suit qu'un individu qui ne sait ni écrire, ni signer, peut valablement faire un testament mystique.

1621. La personne que le testateur charge d'écrire ses dispositions n'a pas besoin d'être une personne publique; la loi n'en impose nulle part l'obligation. Il peut se servir d'une main privée, suivant qu'il le juge convenable, et l'écrivain peut être mâle ou femelle, ou de quelque condition que ce soit [1], même légataire intéressé au testament [3].

1622. Il n'est pas nécessaire non plus que l'écrit intérieur porte que c'est le testateur qui l'a dicté lorsqu'il a employé une main étrangère. La déclaration qu'il fait aux témoins que c'est son testament supplée à cette énonciation, et assure que cet écrit contient les volontés du disposant [3].

1623. Le Code Napoléon n'exige pas que cet écrit intérieur soit daté; en quoi il s'écarte de l'ordonnance de 1735 qui exigeait la date [4]. Ce serait donc vainement qu'on se fonderait sur l'omission de la date pour demander, sous la loi actuelle, la nullité du testament [3].

1624. Comme cet écrit est un acte absolument séparé de la suscription, il suit que cette dernière formalité peut n'avoir lieu que plusieurs jours après. Ce n'est pas à l'opération de l'écriture intérieure que s'applique la disposition de la loi qui exige que les choses se fassent *uno contextu*.

1625. L'écriture des dispositions est secrète dans le testament mystique. Le testateur ne révèle pas ses intentions au notaire et aux témoins; il opère loin des regards curieux [6]. La seule chose qu'il doit faire connaître, c'est qu'il a fait un testament et que l'écrit qu'il présente contient sa volonté [7]. C'est pour cela qu'ainsi que nous le disions tout à l'heure [8], il n'a besoin du concours d'aucune personne participant à la puissance publique pour coucher par écrit les dispositions qu'il fait de son patrimoine.

1626. Lorsque le testateur a écrit ses dispositions, il doit clore d'abord et ensuite sceller l'écrit qui les contient, ou bien il peut se servir d'une enveloppe; mais alors cette enveloppe contenant l'écriture intérieure doit d'abord être

close et ensuite scellée. Le Code en ceci a dérogé à l'ordonnance de 1735 [9], qui exigeait que, lors même qu'on se servait d'enveloppe, la feuille intérieure contenant l'écrit du testateur fût close et scellée; ce qui est inutile aujourd'hui.

1627. Mais, qu'est-ce que le scellement ajouté à la clôture et dont notre texte, d'accord avec l'ordonnance, fait une condition de l'accomplissement des formalités du testament? Est-il nécessaire pour sceller le testament que le testateur imprime sur la cire, ou le pain à cacheter dont il se sert, un cachet, un sceau, une marque gravée qui laisse des traces? La rigueur avec laquelle certains auteurs ont interprété le sens du mot sceller, nous fait un devoir d'examiner cette question avec quelques détails, afin de nous préserver d'une minutie inutile qui fait dépendre la volonté des mourants d'observances capricieuses, étroites et frivoles.

D'après la législation de Justinien, il n'était pas nécessaire que le testateur présentât son écrit clos et scellé; il suffisait qu'il fût fermé et enveloppé [10]. Ce n'était pas assez, parce que la clôture n'est pas toujours suffisante pour préserver le testament des regards indiscrets. Si, par exemple, le testament n'était clos qu'avec des fils, des rubans ou des épingles, il serait facile pour un tiers de l'ouvrir et d'en prendre une connaissance qui répugne à l'essence du testament mystique. L'ordonnance de 1735 et, après elle, le Code Napoléon ont donc eu raison d'exiger que le testament soit tout à la fois clos et scellé, de sorte qu'on ne puisse l'ouvrir sans déchirure. Mais ni l'ordonnance, ni le Code n'ont prescrit une forme particulière pour opérer ce scellement; il suffit que, d'après l'état matériel de la pièce, la clôture en soit faite avec les précautions qui protègent le secret des écrits et ne permettent pas de les ouvrir sans les briser. Si donc les rubans sont liés et retenus par de la cire, si les bouts du papier sont rapprochés et unis par une matière servant à sceller, telle que cire, pains, colle-forte, etc., etc., le vœu de la loi est satisfait, et il y aurait une sévérité déraisonnable à prétendre que toutes ces précautions seront vaines, si la cire, les

[1] L. 21, C., *De testam.*

[2] Grenier, *Donat. et Testam.*, n° 268, t. II, p. 348. Toullier, t. V, n° 463.

[3] Lorsque le testateur se sert d'une main étrangère, il n'est pas nécessaire qu'il soit dit qu'il a la l'écriture; mais s'il résulte clairement du testament qu'il ne l'a pas lu, il y aurait nullité. Voy. *infra*, n° 1629 et suiv.

[4] Art. 38.

[5] Nîmes, 3 juin 1807 et sur le pourvoi, C. cassat., rej., 14 mars 1809 (Devill., 3, 1, 35). Colmar, 20 janvier 1824 (Dalloz, *Jurisp. g.*, t. VI, p. 19). Mer-

lin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. 2, § 3, art. 3, n° 10, p. 700. Toullier, t. V, n° 473, p. 437.

[6] « Hoc primum intendendum est: non est necesse testes « ea scribere quæ in testamento scripta sunt. » (Domar, *Comment.*, lib. 6, cap. 8, n° 1.)

[7] « Sed sufficit scripturam testamenti etiam clausam « et involutam, atque oclis consignatam et ligatam pro- « ferre. » (Domar, *loc. cit.*)

[8] Voy. *supra*, n° 1621.

[9] Art. 9 de l'ord. de 1735.

[10] *Suprà*, n° 1614. L. 21, C., *De testam.*

pains à cacheter, la colle-forie, etc., ne restent pas gravés par un sceau laissant des traces apparentes.

Pour arriver à une solution contraire, on prend le mot « scellé » corps à corps, et l'on dit d'abord que sceller signifie marquer avec un sceau et ensuite qu'un sceau est un morceau de métal de figure ronde ou ovale, qui laisse une empreinte sur les matières molles auxquelles il est appliqué [1].

Si nous étions à Rome, en présence des usages des Romains, nous ne ferions pas de difficulté de donner à cette argumentation étymologique beaucoup d'autorité; mais en France, elle n'en a aucune et l'on prête à la loi une pensée qu'elle n'a pas eue.

Il est certain qu'à Rome, l'usage des sceaux (*signum, sigillum, signaculum*) [2] était général. Les citoyens romains étaient dans l'habitude de sceller leurs lettres avec des anneaux portant un emblème, une marque, un signe distinctif, de sorte qu'il n'y avait *consignatio* ou *obsignatio*, qu'autant que la cire était marquée d'un sceau : *dum tamen habeat formam insculptamque signis imaginem* [3]. Chaque citoyen avait un anneau qu'on appelait *annulus signatorius* [4] et le don de cet anneau était la marque d'une affection spéciale qu'on offrait quelquefois en mourant à un ami [5].

Souvent, au lieu de signer par un seing manuel, on se bornait à apposer son sceau [6]. L'apposition du sceau se retrouve à chaque instant dans les actes de la vie civile [7].

En France, aussi, l'usage des sceaux fut pendant longtemps en vigueur, et le sceau remplaça non-seulement la signature des témoins, mais encore celles des parties et du notaire. Cette coutume, qui s'observa pendant plus de cinq siècles, dura jusqu'à François 1^{er} [8].

Mais la pratique contraire est tellement dominante aujourd'hui, qu'il n'est plus possible d'argumenter sans danger de ces antécédents. Les mots ont d'ailleurs changé de sens et perdu leur précision. Les prendre à la lettre, c'est prendre des choses lambées en désuétude pour des réalités. Et d'abord, le mot sceau ne s'applique plus de-

puis longtemps aux cachets des particuliers [9] : « Les cachets, dit le dictionnaire de Trévoux [10], diffèrent des sceaux, en ce que les sceaux sont pour les affaires publiques ou qui regardent le public, et les cachets ne sont que pour les affaires des particuliers entre eux, comme lettres. » On dit le sceau de l'État, le sceau de tel ministère; mais un particulier n'a pas de sceau. Comment donc le mot « scellé », employé par le Code Napoléon, et appliqué à un particulier, pourrait-il se rapporter à une chose qui n'est plus dans le domaine privé? De là il suit que ce mot ne doit plus être entendu (au moins dans la matière qui nous occupe ici) dans le sens étymologique; il ne peut pas signifier strictement l'apposition d'un signe au sceau. Il a une acception plus large. Il veut dire une manière d'unir deux parties avec des précautions telles, qu'il faille aller jusqu'au bris pour les séparer.

C'est pourquoi l'on dit très-justement qu'on scelle une bouteille, une fiole, qu'on la bouche avec du mastic [11], sans qu'il y ait un signe apposé. Voilà quelle est la vérité, sans subtilité et sans anachronisme!

Déjà, en 1755, quand l'ordonnance de Louis XV sur les testaments emploie le mot « scellé », il ne semble plus qu'il ait le sens rigoureux du mot *signatio*, *obsignatio* des Romains. L'art. 9 de cette ordonnance se borne à dire d'une manière générale et sans rien spécifier de sacramentel ou d'obligatoire dans l'exécution, que le papier sera clos et scellé « avec les précautions en tel cas requises et accoutumées »; c'est pourquoi les commentateurs n'insistent pas le moins du monde sur la nécessité d'une apposition d'empreinte et ne paraissent préoccupés que du point véritablement capital, qui consiste à savoir si le testament sera suffisamment en sûreté.

Ainsi, Bergier dit [12] : « Il n'y aurait point d'inconvénient de fermer le papier qui contient le testament dans une enveloppe fermée par un seul cachet, dans la forme de l'enveloppe ordinaire des lettres; ce qui est uniquement essentiel, c'est que l'enveloppe soit close et scellée, de manière qu'on ne puisse pas, sans la briser ou altérer le cachet, en retirer

[1] Dictionnaire de Trévoux, v^o Sceau.

[2] Seumaize : « Signum certe est quod impressum nullo in cera exprimitur. » (*De subscribendis et signandis testamentis*, p. 161, 162.)

[3] Ulpien, l. 22, § 5, D., *Qui testum facere possunt*. Justinien, *Institutes*, De testam. ordin., § 5. L. 21, C., De testam.

[4] Paul, l. 74, D., *De verborum signif.* Ulpien, l. 25, § 10, D., *De onero, argento legatis*. Valère-Maxime, l. 8, c. 14, § 4.

[5] Valère-Maxime, l. 7, c. 8, §§ 5, 8, 9.

[6] Salluste, *Catilin.* 47 : « Perlecta literis, quum prius omnes sua signa cognovissent. » Ovide, l. 1,

Trist. eleg., V, vers. 7 : « ... Positis pro nomine signis. » Suetone, *August.* 33 : « ... Ignoraretur ita quas fraude ad signandum vel errore indutos constituisse. »

[7] Voy. la dissertation de Loysseau sur les Sceaux, *Offices*, l. 2, ch. 4. Paul, *Sentent.*, l. 5, tit. 23, § 6. L. 22, § 5, D., *Qui test. facere poss.* Ulpien, l. 1, § 36, D., *Deposit.* Ulpien, l. 11, § 3, D., *Locati.*

[8] Fargol, *Testam.*, l. 1, ch. 2, sect. 1, n^o 11.

[9] Loysseau, *Offices*, l. 2, ch. 4, n^o 10 et 16.

[10] V^o Cachet.

[11] Trévoux, v^o Sceller.

[12] Bergier sur Ricard, t. 1, p. 412.

« le testament et y en substituer un autre... »

René Aimar [1] dit, dans le même sens, qu'un testament qui serait seulement clos et qui ne serait pas cacheté, ne serait pas en sûreté, parce qu'il serait aisé d'y faire des altérations, par la facilité qu'on aurait de l'ouvrir et de le clore.

Furgole énonce ainsi son avis sur la question [2] : « Comme l'ordonnance ne prescrit point la forme en laquelle l'enveloppe doit être close et scellée, il y a lieu de croire qu'il suffirait qu'elle fût cachetée avec de la cire d'Espagne et du pain à cacheter, sans qu'il soit besoin qu'elle soit entrelacée d'un ruban ou d'un fil. »

Et ailleurs [3], Furgole dit encore qu'il suffit qu'en fermant le papier, ou en le couvrant d'une enveloppe, on prenne les précautions requises et accoutumées, afin qu'on ne puisse pas substituer un autre écrit à la place de celui qui contient la véritable volonté du testateur.

Quant aux précautions dont il est question ici, Sallé [4] s'explique ainsi : « La précaution la plus ordinaire est de passer un fil pour joindre le papier où le testament est écrit, et de mettre les cachets sur les endroits où passe le fil [5]... »

On voit que ces auteurs paraissent employer de préférence les mots « cachet » et « cacheté », aux mots « sceau » et « scellé ». Or, ces mots cachet et cacheté, dans la langue usuelle, n'impliquent pas nécessairement l'idée d'une empreinte. Quelque définition que les dictionnaires puissent donner de ces mots [6], il sera toujours certain qu'une lettre fermée avec de la cire ou avec un pain à cacheter, sera pour tout le monde une lettre cachetée, bien que l'on n'y ait apposé aucune empreinte, et qu'il faudra, pour prendre connaissance de son contenu, décacheter la lettre.

On comprend dès lors que si, sous l'empire de l'ordonnance, le mot « scellé » ne devait pas forcément être pris dans le sens d'empreinte, on ne saurait se montrer plus rigoureux sous le Code Napoléon.

Dira-t-on que le mot « scellé » ainsi entendu n'ajoute rien au mot « clos » qui le précède, et qu'il n'est plus qu'une redondance inutile ? Comme nous le disions ci-dessus, une chose peut être close sans être scellée. Ainsi une porte est

close, elle n'est pas scellée pour cela. On pourra l'ouvrir, parce qu'elle n'est que close. Mais scellez-la, c'est-à-dire assujettissez la clôture de cette porte avec de la cire, même sans y apposer d'empreinte, vous ne pourrez plus ouvrir la porte sans altérer le scellé. On peut en dire autant d'une boîte qui peut être close sans être scellée. Clos et scellé sont donc deux expressions différentes. Lors même que sceller ne signifie pas appliquer une empreinte, il dit toujours beaucoup plus que clore.

On insiste cependant, et l'on trouve que l'absence d'empreinte sur la cire sera un défaut de garantie pour la sécurité du testament. On prétend qu'il sera possible, notamment en faisant fondre la cire apposée sur l'enveloppe, de pénétrer jusqu'au testament intérieur, de s'en emparer, d'y faire des changements, de le remettre et de rétablir ensuite une clôture de cire. Mais si cela paraît possible, qui garantira qu'il n'en sera pas de même dans le cas où il y aura une empreinte sur l'enveloppe ? Est-ce la difficulté de rétablir l'empreinte ? Assurément cette difficulté serait sérieuse si la loi avait exigé d'abord qu'on se servît d'un sceau particulier et défini portant une empreinte, ou si l'acte de suscription devait contenir une description de la clôture et du scellement. Mais en l'absence de toute disposition à cet égard, qui empêchera celui qui aura été assez hardi pour ouvrir le testament mystique de remplacer l'empreinte effacée ou fondue par une autre empreinte quelconque, puisqu'il n'aura point à redouter la comparaison de son empreinte avec une description qui n'aura pas été faite de l'empreinte précédente, et que celle-ci, d'ailleurs, n'aura laissé que des souvenirs fugitifs dans la mémoire des témoins, en supposant qu'ils aient survécu au testateur ?

Ce silence de la loi est une preuve de plus, et une preuve irréfutable, que par le mot « scellé », elle n'a pu vouloir exiger une empreinte.

Je sais que les arrêts n'ont pas toujours interprété notre article avec l'équité qui nous sert de règle. Il y a des exemples d'une sévérité outrée dans des arrêts des cours de Douai et de Bruxelles [7]. Mais nous ne sommes pas ébranlé par ces décisions, intervenues d'ailleurs à une époque ancienne où la jurisprudence inclinait à des rigueurs aujourd'hui abandonnées. Il nous

[1] *Explic. de l'ord. de 1735, sur l'art. 9.*

[2] *Testam.,* cli. 2, sect. 3, n° 23.

[3] *Loc. cit.,* n° 22.

[4] *Exposé des ord. de Louis XV, sur l'art. 9 de 1735.*

[5] La même précaution est indiquée dans Suetone, *Vie de Néron*, § 17 : « *Adversus fulvarios dux primus repertum ne tabula, nisi pertusa, ac ter lino per fora-*

minus trajecto, obviarentur. » Voy. aussi, sur cette précaution, l. 1, § ultim., D., *De bonor. possess. secund. tabulas.*

[6] Trévoux, v° *Cachet.*

[7] Bruxelles, 18 février 1818 (Dalloz, J. G., t. VI, p. 161).

Ann. (Jurisp. de Belg., 1818, t. 1, 259.)

suffira de rappeler l'arrêt de la chambre des requêtes, du 7 août 1810 [1], qui rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de Douai.

« Attendu que l'art. 976 exigeant la clôture « et le scel du testament, la cour de Douai a pu « trouver que ces formes n'avaient pas été observées par une simple clôture sans apposition d'aucun sceau ou cachet..., etc. »

Ces expressions sont très-significatives par leur réserve. Elles indiquent que, dans la pensée de la cour suprême, la cour d'appel n'a fait que résoudre une question de fait. Et il est à présumer que, dans le cas d'une solution contraire, la cour de cassation aurait également rejeté le pourvoi par les mêmes motifs.

Veut-on savoir jusqu'à quelle conclusion outrée on est entraîné par les idées qui ont présidé aux arrêts de Douai et de Bruxelles? Dans une espèce jugée par la cour d'Angers, le 19 février 1824 [2], on mettait en question la validité d'un testament mystique, parce que sur quatre cachets qui retenaient l'enveloppe de ce testament, un seul, placé dans un coin, portait une empreinte; et l'on soutenait que, puisque les autres cachets n'étaient pas timbrés d'un sceau, la pièce n'était pas scellée dans le sens de l'article 976. On raisonnait peut-être logiquement dans cet ordre d'idées si exagéré, en prenant pour base la doctrine que nous réfutons; mais on était certainement dans le faux, en prenant pour guide le bon sens et la vérité; car aux yeux de tout le monde, un tel testament était scellé d'une manière complète. Aussi la cour d'Angers s'est-elle prononcée pour la validité du testament. Entre autres motifs donnés par son arrêt, on doit remarquer celui-ci, qui résume à nos yeux la pensée de l'art. 976, c'est « que la loi « s'en est rapportée à la prudence et à l'intelligence « du disposant, puisqu'elle n'a rien spécifié. »

Nous terminerons par une observation. L'impression d'un sceau sur l'enveloppe est si peu la garantie exigée par la loi en cette matière, qu'il est possible que la clôture faite avec l'addition d'un timbre et d'un sceau permette de

retirer le testament de son enveloppe, ainsi qu'on peut l'inférer d'une espèce rapportée par Bergier [3], et jugée par arrêt du parlement de Paris du 12 février 1779. Dans cette espèce, la cire empreinte du sceau ordinaire de la testatrice avait été posée sur la feuille extérieure servant d'enveloppe avec si peu de précaution, qu'on aurait pu retirer le testament, s'il n'en était attaché à cette même enveloppe par une cire intérieure. C'est cette circonstance qui déterminait le parlement à décider que le testament était valablement clos et scellé, par la raison qu'il n'avait pu être séparé du papier qui l'enveloppait sans rupture [4]. Mais supposons qu'il n'y ait pas eu de cire intérieure pour rendre le testament inséparable de l'enveloppe; supposons que l'enveloppe roulée autour de la pièce ne fut fermée que par un cachet extérieur, il est évident que, dans le système que nous réfutons, le testament aurait été clos, puisqu'il aurait été enveloppé et que de plus il aurait été scellé, puisque la cire aurait reçu l'empreinte d'un sceau. Mais s'il y a quelque chose d'évident, c'est que cette clôture et ce scel n'auraient pas répondu aux exigences de la loi, et que le testament n'aurait pas été scellé. Sans doute il aurait porté le sceau de la testatrice; mais ce n'est pas là ce qui préoccupe le législateur; il veut, dans sa sagesse, que le testament ne soit considéré comme scellé que lorsqu'on ne peut l'ouvrir sans fracture ou déchirure. Voilà pourquoi nous soutenons que le mot scellé ne doit pas être entendu comme synonyme de ce qui est empreint d'un sceau; il a un sens plus général; il a pour but d'assurer d'une manière quelconque l'identité et le secret du testament; et, toutes les fois que l'identité et le secret du testament paraîtront par la réunion des deux conditions, clôture et scel, n'avoir reçu aucune atteinte, le juge ne pourra s'empêcher de reconnaître la validité du testament. Il n'aura pas à se préoccuper s'il y a ou non défaut d'empreinte [5].

1628. Après ce que nous venons de dire sur le sens du mot scellé, nous n'avons pas besoin d'ajouter que si le testateur s'est servi d'un

[1] Cassat., rej., 7 août 1810 (Devill., 5, 1, 226).

[2] Devill., 24, 2, 164.

[3] Sur Ricard, t. 1, p. 412.

[4] Un arrêt de la cour de Colmar, du 20 janvier 1824 (Dallor, op. cit., t. VI, p. 20), a jugé de même dans une espèce analogue. On prétendait que, malgré les trois cachets portant empreinte qui servaient l'enveloppe d'un testament mystique, il était possible, avec quelque dextérité, de rabattre l'un des angles non scellés de l'enveloppe, de retirer la disposition du testateur et d'en substituer une autre. Le tribunal d'Altkirch avait admis qu'il y avait là une fermeture imparfaite et lâche, quoique scellée, qui devait annuler le testament. Mais, sur l'appel, la cour de Colmar déclara, entre autres choses,

qu'en fait, la construction du testament pouvait laisser des traces, surtout à cause de l'épaisseur du papier timbré, et elle valida le testament (voy. *infra*, no 1635).

[5] Voy., sur cette question, l'opinion conforme de Malleville, *Analyse raisonnée du C. Nap.*, t. II, p. 430. Grenier, 1^{re} et 2^e édit. *Des donat.*, no 261. Vazelle, no 4, sur l'art. 976. Colin-Delisle, no 28, sur l'art. 976. Voy. contre, Delvincourt, note 3, sur la p. 85. Favard de Langlade, *Répert.*, vo Testament, sect. 1, § 4, no 4. Merlin, *Répert.*, vo Testament, 17, sect. 2, § 3, art. 5, no 14. 5^e. Toullier, t. V, no 463. Duranton, t. IX, no 124. Pontol., no 5, sur l'art. 976. Marcadé, t. IV, no 43. Grenier, 3^e édit., *Des donat.*, no 261 bis. Bayle-Mouillard sur Grenier, no 261 bis.

sceau, il importera peu que ce sceau soit son propre sceau, ou le sceau d'un tiers. En droit romain même on le décidait ainsi : les témoins qui apposaient leur sceau sur le testament solennel pouvaient se servir du même anneau [1]. Aussi, ni la doctrine [2], ni la jurisprudence [3] n'ont essayé de contester ce point.

1620. Furgole [4], qui a traité avec beaucoup de détails toute cette matière, pense que lorsque l'acte de suscription n'est pas dressé sur une enveloppe, mais sur la feuille même où le testament a été écrit, de manière qu'il n'y ait à craindre aucune substitution, le testament n'en serait pas moins bon, quoiqu'il ne fût ni clos ni scellé. « Car, dit-il, le secret n'est pas de l'essence du testament, et il importe peu qu'on puisse en faire la lecture ou non. » Mais cette opinion, que son auteur n'appuie que sur la loi *hac consullissimè* [5], n'est pas soutenable [6] en présence du texte de l'ordonnance de 1733 et du Code Napoléon qui, comme nous l'avons vu ci-dessus [7], exige un redoublement de précautions pour préserver le testament d'une ouverture forcée. Furgole se place d'ailleurs sur un terrain qui n'est pas le véritable. En effet, ce n'est pas seulement la substitution d'un testament à un autre que la loi a redoutée; ce sont encore tous les changements ou altérations qu'une main étrangère pourrait facilement y faire, s'il n'était pas clos et scellé. L'écriture intérieure n'étant revêtue d'aucune formalité, et pouvant même n'être pas de la main du testateur, c'est l'acte de suscription qui lui sert de garantie. Il importe donc beaucoup qu'après l'accomplissement de cette formalité, elle ne puisse recevoir aucun changement.

Du reste, ce que dit Furgole, que le secret n'est pas de l'essence du testament mystique, est très-exact, en ce sens que le testateur, en le présentant à la suscription, pourra déclarer ou lire à haute voix les dispositions qu'il contient; la loi ne le lui défend pas, ce secret ayant été introduit en sa faveur [8]. Mais une fois que le testament est enfermé sous son enveloppe et

sous ses cachets, il n'est plus permis de l'en retirer; il doit y rester fermé à tous les regards.

1620. Lorsque l'enveloppe et le cachet sont imparfaits, et qu'une substitution ou une altération du testament a été possible, on n'est plus obligé de reconnaître pour les vraies dispositions du défunt le papier qui se trouve sous cette enveloppe irrégulière; en un mot, il n'y a plus de testament [9].

En effet, on peut avoir substitué un papier à un autre; un faussaire, abusant d'un blanc seing, peut avoir mis un écrit forgé par lui à la place de la véritable volonté du testateur. Il peut même avoir fait des additions, des changements; il n'y a plus de certitude que l'acte représenté contient le *supremum defuncti judicium* [10].

Mais si, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus [11], l'enveloppe et la clôture, quoique imparfaites, étaient cependant telles qu'on ne pût retirer le testament qu'en altérant les cachets et le papier, le testament serait en vain argué de nullité [12].

1621. Lorsque le testament est clos et scellé, le testateur le présente au notaire et aux témoins; et s'il ne l'est point encore, il le clot et le scelle en leur présence. Il doit alors leur déclarer que le contenu du papier présenté est son testament écrit et signé par lui, ou écrit par un autre et signé par lui, ou écrit partie par lui, partie par un autre [13], ou écrit par un autre et non signé de lui faute d'avoir pu ou su, suivant les circonstances. Ces prescriptions sont très-importantes; ce sont elles qui assurent l'identité de l'écrit qui renferme les suprêmes dispositions [14]. Si donc, le testateur ayant déclaré qu'il a écrit lui-même son testament, on ne trouvait, après sa mort, sous le cachet qu'un testament écrit d'une main étrangère, la justice serait forcée de reconnaître qu'il s'est trompé et que le testament produit n'est pas celui qu'il avait eu l'intention de présenter.

Toutefois, il ne faudrait pas entendre ces propositions sans ménagement. Supposons que le

[1] L. 22, § 2, D., *Qui testam. facere possunt*. Instit., l. de testam. ordin., § 3.

[2] Merlin, *loc. cit.*, n° 14, § 6, p. 754. Favard de Langlade, *Repert.*, v° *Testam.*, sect. 4, n° 4. Duranton, t. IX, n° 129. Coin-Delisle, n° 29, sur l'art. 976.

[3] Cassat., rej., 8 février 1820 (Devill., 20, 1, 191). Bruxelles, 16 février 1822 (Dalloz, J. G., t. VI, p. 17. Ann. Jurisp. de Belg., 1822, t. 225). Colmar, 20 janvier 1824 (Dalloz, J. G., t. VI, p. 19).

[4] Furgole, *loc. cit.*, ch. 2, sect. 3, n° 25.

[5] L. 21, C., de testam.

[6] Grenier, *loc. cit.*, n° 262. Merlin, *Repert.*, v° *Testam.*, t. XVII, *loc. cit.*, p. 727. Toullier, t. V, n° 469. Duranton, t. IX, n° 124. Dalloz, J. G., t. VI, n° 3, p. 45. Coin-Delisle, n° 30, sur l'art. 976, p. 399.

[7] N° 1621.

[8] Merlin, *loc. cit.*, n° 9, p. 714. Delvincourt, note 2, sur la p. 306. Toullier, t. V, n° 470. Vazeille, n° 8, sur l'art. 976.

[9] Furgole, *loc. cit.*, n° 22.

[10] Merlin, *loc. cit.*

[11] N° 1627.

[12] Voy., *suprà*, l'arrêt du parlement, du 12 février 1779, cité au n° 1627.

[13] Cour de Lyon, 26 janvier 1822 (Dalloz, J. G., t. VI, p. 12).

[14] « ... *si ut interiori scripturæ fidem seruat exterior scriptura, ut eleganter ait Paulus.* » (L. 5, *Sentent.*, Ad leg., C., *Testam.*, tit. 25, § 6.) Cujas, Ad tit. *De testam.*, au Code.

testateur ait déclaré avoir fait écrire son testament par un autre, et qu'on trouve, cependant, dans ce testament, quelques lignes écrites de sa main : il est probable, en général et à moins de présomptions contraires, que sa déclaration a été incomplète plutôt qu'erronée, et on ne doit pas s'en faire un argument contre la validité du testament [1]. Il est vrai qu'une exactitude scrupuleuse faisait au testateur une loi de déclarer qu'il y avait mélange d'écriture ; mais il n'est pas défendu aux magistrats de tenir compte d'un oubli involontaire, surtout quand l'essence du testament n'en est pas altérée.

Au surplus, on consultera les circonstances ; elles ont ici une grande autorité. On fera une grande différence entre le cas où c'est le testateur qui aura ajouté quelque chose à l'écriture d'autrui, et celui où c'est une main étrangère qui ajoute quelque chose à l'écriture du testateur. Ce deuxième cas comporte moins d'indulgence que le premier [2], et l'on devrait surtout être circonspect et défiant, si quelque imperfection se remarquait dans la clôture de l'enveloppe.

1632. Les témoins auxquels le testament est présenté, et devant lesquels a lieu la déclaration du testateur, doivent être, non plus quatre comme dans le testament par acte public, mais au nombre de six, réunissant les qualités voulues par la loi sur le notariat [3] et par l'art. 980 du Code Napoléon.

Ils devront tous savoir signer ; car l'exception portée par l'art. 974 [4], pour le cas où le testament est fait à la campagne, n'est applicable qu'aux testaments nuncupatifs écrits. L'ordre des articles du Code prouve assez que cet article n'a point été fait pour le testament mystique. Aussi Malleville, qui a soutenu l'opinion contraire [5], a-t-il été combattu par tous les auteurs, sans exception [6]. La jurisprudence, non plus, n'hésite pas sur ce point [7]. Il est pourtant difficile, au premier coup d'œil, d'apercevoir une raison de la différence qu'établissent ici les textes, entre le testament par acte public et le testament mystique. Dans le testament

mystique, il suffit aux témoins d'avoir des yeux et des oreilles, pour attester que tel homme a remis tel papier qu'il a dit être son testament. Au contraire, dans le testament nuncupatif, il faut assez de lumières pour distinguer la nature des dispositions du testateur, la qualité dont il dispose, les personnes qu'il gratifie, pour comparer par la pensée ce qui a été écrit avec ce qui a été dicté. Pourquoi la moitié des témoins sachant signer est-elle suffisante dans le testament par acte public ? Pourquoi ne l'est-elle pas dans le testament mystique, dont les opérations sont moins compliquées pour le témoin ?

Mais il faut répondre que le motif qui a fait exiger, dans le testament mystique, un plus grand nombre de témoins que dans le testament par acte public, conduit logiquement à être plus exigeant dans le premier que dans le second, sur les conditions que ces deux espèces de témoins doivent remplir. Dans le testament par acte public, la dictée solennelle est une haute garantie de la spontanéité de la volonté du testateur ; et la présence du notaire qui entend cette dictée, entouré des témoins, et qui constate, avec l'autorité qui lui appartient, ce qui a été dit, est, pour le législateur, une raison de confiance qui lui a permis de diminuer le nombre des témoins et de se passer de la signature de quelques-uns d'entre eux. Mais le testament mystique, dont les dispositions sont secrètes, va chercher toute sa force probante dans l'acte de suscription et dans les faits qu'il constate. Or, pour prévenir les fraudes possibles en pareil cas, la loi a dû vouloir que la certitude qui manque au testament mystique, sous le rapport de la dictée, fût remplacée par les attestations d'un plus grand nombre de témoins, pouvant tous certifier, par leur signature, ce qu'ils ont vu et entendu [8].

1633. L'ordonnance de 1735 défendait aux héritiers institués ou substitués, d'être témoins dans les actes de suscription des testaments mystiques, et elle le permettait aux légataires. C'était conforme aux dispositions du droit romain que nous avons rapportées [9]. Mais au-

[1] Toulouse, 2 août 1810. Cassat., rej., sect. civ., 12 mai 1812 (Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 3, n° 28, p. 742).

[2] Arrêt de la cour de Lyon, du 26 janvier 1822, qui prononce la nullité d'un testament que, dans l'acte de suscription, le testateur avait déclaré avoir écrit de sa main, et dont une partie fut reconnue avoir été écrite par une main étrangère (Dalloz, *J. G.*, t. VI, p. 12; et Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, t. XVII, loc. cit., p. 742).

[3] 25 ventôse an 21.

[4] Voy. *supra*, n° 1593.

[5] Malleville, *Analyse rais.* du *C. Nap.*, sur l'article 976.

[6] Grenier, *loc. cit.*, n° 274. Merlin, *Répert.*, v° *Témoin instrumentaire*, § 2, n° 3, 350. Favard, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. 1, § 4, n° 10. Delvincourt, note 9, sur la p. 85. Toullier, t. V, n° 483. Duranton, t. IX, n° 144. Pojzol, n° 9, sur l'art. 976. Vazeille, n° 20, sur l'art. 976. Coin-Delisle, n° 39, sur l'art. 980. Marcadé, t. IV, n° 51.

[7] Liège, 29 mai 1806 (Devill., 2, 2, 149). Liège, 29 mai 1808 (Devill., 2, 2, 395). Bordeaux, 12 avril 1808 (Devill., 2, 2, 377). Cassat., rej., 20 juillet 1809 (Devill., 3, 1, 87). Pau, 19 décembre 1829 (Devill., 9, 2, 363).

[8] Paris, 19 décembre 1829 (Devill., 9, 2, 363).

[9] Voy. *supra*, n° 1596.

jourd'hui cette distinction n'a plus lieu, parce que, dans notre législation, il n'y a aucune différence entre les legs relativement à leur dénomination [1]. Les héritiers et les légataires peuvent donc être témoins aux actes de suscription des testaments mystiques. L'art. 975 n'est applicable qu'aux testaments nuncupatifs. Rien différents des testaments mystiques, puisque le contenu de ceux-ci est inconnu pour les témoins, tandis que le contenu des autres doit leur être connu [2]. D'ailleurs, comment pourrait-on fonder une incapacité légale sur un fait légalement ignoré? Or, les légataires sont inconnus ou légalement réputés tels; on ne peut donc pas les exclure [3].

1634. Bien plus, quand même le témoin aurait écrit l'acte intérieur qui le gratifie, il n'y aurait pas pour cela nullité. En effet, aucun texte de loi ne porte de prohibition à cet égard; et comme la personne qui a écrit l'acte intérieur ignore si le testament présenté est ou n'est pas celui auquel elle a prêté son ministère, il n'y a en elle aucune incapacité légale. Elle ne fait que concourir à des constatations désintéressées, sans aucune conscience des avantages que peut contenir pour elle l'écriture intérieure [4].

1635. Nous avons vu, sous l'article 975, quelles sont les incapacités, relativement au testateur et au notaire, dans le testament par acte public. Les solutions que nous avons données sur ce point, soit quant aux parents et alliés du testateur [5] ou du notaire [6], soit quant aux serviteurs du testateur [7], s'appliquent pareillement au cas où il s'agit de l'acte de suscription d'un testament mystique. Toutefois, l'incapacité prononcée contre les clercs du notaire instrumentaire par l'article 975, incapacité que nous avons étendue à ses serviteurs dans le testament par acte public [8], ne nous paraît pas devoir être appliquée à la matière du testament mystique. Dans les textes qui règlent cette sorte de testament, le Code s'est abstenu de prononcer aucune prohibition à cet égard. D'un autre côté, on sait que la loi de ventôse ne peut être

invoquée ici, puisque le Code a établi des règles spéciales dans les articles 975 et 980, sur la capacité des témoins testamentaires [9]. Il ne faut donc pas, sous prétexte de vouloir donner plus de garantie à la sincérité du testament, se montrer plus sévère que le Code [10]. Du reste, c'est précisément sur ce point relatif aux clercs de notaires, témoins dans les testaments mystiques, que Jaubert, dans son rapport au tribunal, avait annoncé l'intention du Code de déroger à la loi de ventôse [11]... Le projet dit aussi que les « clercs des notaires par lesquels les testaments « publics seront reçus ne pourront être pris « pour témoins. Ce projet ne répète pas cette « autre exclusion pour le testament mystique. « La loi sur le notariat exclut absolument les « clercs des notaires. Mais cette loi générale ne « peut être invoquée dans la matière des testaments, etc... »

1636. Nous avons dit [12] que celui qui n'entend pas la langue du testateur ne peut être témoin dans un testament par acte public; il n'en est pas de même dans le testament mystique. Le droit romain ne l'exigeait pas : « *Non tam intelligentiam hermonis exigimus* [13] »; il suffisait qu'on pût faire comprendre clairement aux témoins, par un moyen quelconque [14], les opérations dont ils étaient appelés à assurer l'authenticité dans l'acte de suscription. La simplicité de l'opération que doit constater la présence du témoin dans le testament mystique donne lieu de supposer qu'il sera toujours facile de la faire comprendre au témoin [15].

1637. Nous arrivons maintenant à l'acte de suscription. « Le notaire en dressera l'acte de « suscription, » dit l'article 976. On a discuté pour savoir si cette expression « dressera » entraîne nécessairement pour le notaire l'obligation d'écrire lui-même l'acte dont il s'agit. Mais d'où peut naître le doute, alors surtout que ce même mot employé dans l'art. 9 de l'ordonnance de 1735 y était entendu comme synonyme d'écrire [16]? On sait même qu'une déclaration du 6 mars 1781 [17] prit soin de fixer le sens de ce mot, et acheva de faire passer dans

[1] Grenier, *loc. cit.*, n° 268.

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, n° 268.

[3] Marcadé, t. IV, n° 49 in fine.

[4] Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 5, art. 8, n° 30. Delvincourt, note 7, sur la page 85. Toullier, t. V, n° 467. Coin-Delisle, n° 40, sur l'art. 980. Marcadé, t. IV, note sur le n° 49 de l'art. 976. Voyez contre, Grenier, *loc. cit.*, n° 268. Favard, *Répert.*, v° *Testament*, sect. 1, § 4, n° 5.

[5] N° 1603.

[6] N° 1603.

[7] N° 1604.

[8] N° 1606.

[9] N° 1603.

[10] Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. 2, § 5, art. 2, n° 8.

[11] Locré, t. XI, p. 466 et 467.

[12] N° 1536.

[13] Ulpian, l. 20, § 9, D., *Qui test. facere poss.*

[14] Si vol sensus percipiat, loi précitée.

[15] Fargole, *Testam.*, t. I, ch. 3, sect. 1, n° 8. Ricard, *Donat.*, p. 1, n° 1606. Deneu, *Comm.*, lib. 6, cap. 10, n° 9. Contra, Coin-Delisle, n° 28, sur l'art. 980; et Marcadé, t. IV, n° 59.

[16] Fargole, *ch. 2*, sect. 5, n° 79.

[17] Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, n° 4.

la langue de la pratique cette signification du mot « dresser, » que contestaient encore quelques notaires des pays du droit écrit, par suite de vieilles pratiques relâchées qui s'appuyaient sur le droit romain [1]. D'un autre côté, l'article 979 s'exprime ainsi : « Après quoi, le notaire » écrira l'acte de suscription. »

Il est vrai qu'on objecte que ce dernier article ne s'occupe que du cas particulier où il s'agit d'un testament mystique fait par un muet; d'où l'on conclut que c'est dans ce cas seulement que le notaire est tenu d'écrire. Mais quelle serait la raison d'une telle différence? Comment la justifier? Quel rapport à établir entre l'obligation d'écriture imposée au notaire, avec l'impuissance de parler où se trouve le muet [2]?

1638. Nous avons expliqué plus haut [3], que rien ne s'oppose à ce qu'un témoin de l'acte de suscription ait écrit l'acte intérieur qui le gratifie.

Il en est de même du notaire qui, lorsqu'il dresse l'acte de suscription, ignore si l'acte intérieur présenté par le testateur est le même que celui qu'il a écrit à un autre moment.

Quant à la circonstance que c'est le notaire qui a écrit lui-même l'acte par lequel il reçoit un legs, on ne pourrait en arguer contre le notaire, qu'autant qu'il aurait écrit l'acte comme notaire [4]. Mais il est clair qu'il n'a prêté sa plume qu'à titre de personne privée, et que la prohibition de la loi de ventôse ne l'atteint pas. « Attendu, dit un arrêt de la cour de Nîmes du » 21 février 1820 [5], que la suscription est » un acte distinct et séparé du testament, qui » n'a d'autre efficacité que celle d'imprimer à » une disposition de dernière volonté l'authen- » ticité suffisante pour son exécution, en con- » stant son identité avec le papier remis par » le testateur; que cet acte n'est pas du nom- » bre de ceux qui font l'objet de l'art. 8 de la loi » du 25 ventôse an xi, puisque Benoît n'y est » pas partie intéressée et que l'acte ne renferme » aucune disposition en sa faveur; que les dis- » positions pénales ne doivent être appliquées » qu'aux cas qui sont spécialement prévus par

« la loi; que le Code Napoléon ne prononce pas » la peine de nullité contre un acte de suscrip- » tion apposé à un testament mystique et reçu » par un notaire en faveur duquel le testament » contient une libéralité [6]. »

Grenier, cependant, critique cette décision [7]. Dans le cas dont il s'agit, selon lui, le notaire doit être assimilé au notaire qui reçoit un testament par acte public. C'est lui-même qui fait le testament, qui en est le ministre, qui lui donne l'essence. Il est nécessairement suspect. Il ne peut donc être admis à se faire un testament à lui-même.

A cette objection de Grenier, il est facile de répondre que le notaire, au moment de la suscription de l'acte, ne sera jamais sûr que le papier élos et scellé dont il va rester dépositaire soit nécessairement celui qu'il a lui-même écrit. Le testateur peut avoir substitué un testament écrit par un autre. Rien n'est certain à cet égard. Le notaire ne peut avoir que des doutes, et sa position n'est pas la même ici qu'elle serait s'il s'agissait d'un testament public. L'assimilation sur laquelle on se fonde pour faire prononcer la nullité du testament mystique tombe par conséquent [8].

Mais il en serait autrement s'il résultait des circonstances que le testateur a déclaré au notaire et aux témoins que l'écrit qu'il veut faire revêtir de la forme mystique est de la main du notaire et qu'il gratifie le notaire. Ici s'applique dans toute sa force la règle de droit et de raison : *Nemo potest esse auctor in rem suam*. Le notaire manque à ses devoirs, quand il prête son ministère pour donner le dernier sceau à une disposition dans laquelle il n'est pas désintéressé. Rien ne serait plus dangereux, pour la liberté des testateurs et la sincérité de leurs dispositions, que ce rôle d'un notaire qui dominerait le disposant dans toutes les phases de l'acte et serait l'agent avoué, public, de tout ce qui s'est fait dans son intérêt [9].

1639. Le notaire devra écrire l'acte de suscription sur le papier même où le testament a été consigné, ou sur la feuille servant à l'enve-

[1] Merlin, *Rep.*, v° *Test.*, sect. 2, § 2, art. 4, n° 1.

[2] Voy., dans ce sens, Merlin, *Quest. de droit*, v° *Testament*, § 5, et *Rép.*, v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, n° 1. Delvincourt, note 8, sur la p. 85. Grenier, *loc. cit.*, n° 271. Favard, *Répert.*, v° *Testament*, sect. 1, § 4, n° 7. Tuillier, t. V, n° 481. Dalloz, *Jurisp. gén.*, t. VI, ch. 6, sect. 5, art. 5, n° 2. Puigul, n° 12, sur l'art. 976. Marcadé, t. IV, n° 46. Couder, Muletville, *Analyse raisonnée*, sur l'art. 976. Duranton, t. IX, n° 127. Vazeille, n° 17, sur l'art. 976. En Sardaigne, aux termes des lettres patentes du roi Charles-Albert, du 10 octobre 1840, l'acte de suscription d'un testament peut n'être pas écrit de la main du notaire. Voy. *infra*, n° 1775.

[3] *Suprà*, n° 1634.

[4] Art. 8 de la loi du 25 ventôse an xi.

[5] Devill., 6, 2, 208.

[6] Jugé Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, t. XVII, p. 739, sect. 2, § 5, art. 5, n° 10.

[7] Grenier, n° 269 *bis*. Voy. aussi Bayle-Mouillard sur Grenier, note du n° 269 *bis*.

[8] Tuillier, t. V, n° 476. Merlin, *loc. cit.* Delvincourt, note 7, sur la p. 85. Duranton, t. IX, n° 126. Coin-Delisle, n° 52, sur l'art. 976.

[9] Vazeille, n° 15, sur l'art. 976. Favard, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. 1, § 4, n° 5. Dalloz, t. VI, ch. 6, sect. 5, art. 5, n° 5.

lopper. Cette suscription notariée ne pourrait être remplacée par un procès-verbal de présentation [1] qui serait dressé par le notaire sur une feuille à part et distincte.

1640. L'acte de suscription est un procès-verbal qui doit énoncer avec soin les formalités prescrites par la loi. Ainsi, il devra constater, soit expressément, soit par équipollents, ainsi que nous le verrons tout à l'heure (2), la présentation du papier faite par le testateur au notaire et aux témoins, l'état dans lequel ce papier a été présenté, c'est-à-dire s'il était clos et scellé, ou bien s'il a été clos et scellé en présence du notaire et des témoins, et enfin la déclaration du testateur que ce papier contient ses dernières volontés et qu'il est écrit ou non écrit par lui.

Cette obligation de la mention de ces formalités résulte d'un côté de l'esprit de la loi, puisqu'on ne comprendrait pas en quoi, sans ces diverses mentions, consisterait l'acte de suscription; et d'un autre côté elle résulte du texte même de la loi. En effet, après avoir énoncé les formalités relatives à la présentation et à la déclaration, l'art. 976 ajoute : « le notaire » dressera l'acte de suscription. »

On a cependant essayé de donner un autre sens à la particule « [3], et, au lieu de la faire rapporter aux prescriptions relatives à la présentation et à la déclaration, on l'applique seulement au mot « testament » placé au commencement de l'art. 976, deux phrases au-dessus du membre de phrase dont il s'agit, sans vouloir que cette particule se rapporte aux formalités dont il vient d'être immédiatement parlé. Il résulterait de cette interprétation que la loi se bornant à recommander au notaire de dresser l'acte de suscription du testament sans indiquer ce qu'il doit mentionner, cet officier public pourrait, à son gré, constater ou omettre tout ou partie des formalités accomplies; ce qui, selon l'expression de Bayle-Mouillard [4], réduirait l'acte de suscription à une simple étiquette signée. Tout cela est trop peu sérieux pour

avoir besoin d'une plus ample réfutation [5].

1641. La jurisprudence, toutefois, est trop raisonnable pour exiger que les mentions que doit contenir l'acte de suscription soient exprimées en des termes sacramentels. Elles peuvent résulter d'équipollents dérivant à la fois des énonciations de l'acte et de l'état matériel du testament. C'est ce que la jurisprudence a maintes fois décidé.

Ainsi, il est hors de doute que l'expression de remise équivaudra à celle de présentation [6]; que la présentation au notaire, en présence des témoins, sera considérée comme synonyme de présentation au notaire et aux témoins [7]. De même, il y aura déclaration suffisamment constatée que le testament a été écrit par une main étrangère, lorsque l'acte de suscription portera que le testateur a déclaré l'avoir dicté à un tiers [8], etc.

1642. Au reste, la question des équipollents, qui est toujours une question de fait, est par cela même un champ de bataille pour l'interprétation; et l'on y trouve ordinairement en présence les deux esprits qui, de tout temps, ont divisé la jurisprudence; l'un qui incline au rigorisme et au formalisme, l'autre qui voit les choses avec plus d'équité, et attache plus d'importance à ce qui est vrai qu'à ce qui est solennel. Mais il faut d'autant mieux donner la préférence au second que le texte de l'art. 976, tout en exigeant que le notaire dresse acte de la présentation, ne se sert pas d'expressions aussi impératives et aussi rigoureuses que celles qu'emploie l'art. 972 pour astreindre le notaire à retracer pas à pas tous les incidents du testament par acte public.

Voyons, au surplus, l'état de la jurisprudence.

Un testament avait été présenté au notaire qui avait constaté en ces termes les formalités de la suscription : « Le testateur nous a déclaré » que dans le présent écrit clos est contenue sa » dernière et plus chère volonté, qu'en conséquence, il me requerrait, moi notaire, en pré-

[1] Turin, 13 pluviôse an xii (Devill., 2, 2, 26). Bourges, 10 août 1815; et cassat., rej., 6 juin 1815 (Devill., 5, 1, 59). Dans l'espèce de cet arrêt, le testateur avait présenté au notaire un testament clos et scellé, sur lequel ce testateur avait écrit que c'était son testament, et ce n'est que sur une feuille distincte et séparée que le notaire avait dressé le procès-verbal.

[2] Voy. *infra*, n° 1641.

[3] Coin-Delisle, n° 46, sur l'art. 976.

[4] Bayle-Mouillard sur Grenier, note c, sur le n° 264.

[5] Merlin, *Répert.*, v° Testament, sect. 2, § 3, art. 5, n° 8, p. 692. Grenier, n° 264. Delvincourt, t. II, p. 307 et 308. Toullier, t. V, n° 471, 472. Duranton, t. IX, n° 130. Vazeille, note 9, sur l'art. 976. Marcadé, t. IV, n° 47. Cassat., rej., 7 avril 1806 (Devill., 2, 1, 332).

Cassat., rej., 8 avril 1806 (Dalloz, op. cit., t. VI, p. 24). Cassat., rej., 7 août 1810 (Devill., 3, 1, 226). Cassat., rej., 14 mai 1811 (Merlin, *loc. cit.*, n° 12, p. 712). Cassat., rej., sect. civile, 28 décembre 1812 (Devill., 4, 1, 232). Voy., *contra*, les motifs d'un arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cassat., du 23 juin 1824 (Dalloz, t. VI, p. 22).

[6] Voy. les arrêts de cassat., cités au numéro précédent, du 7 avril 1806 et 11 mai 1811. Voy., en outre, C. sup. de Bruxelles, 15 juin 1814 (Dalloz, t. VI, p. 29). Avo. (*Jurisp. de Belg.*, 1814, 2, 115).

[7] Turin, 5 décembre 1806 (Devill., 2, 2, 178). Bordeaux, 5 mai 1828 (Devill., 9, 2, 73). Toulouse, 19 juin 1830 (Devill., 9, 2, 458).

[8] Turin, 5 décembre 1806 (Devill., 2, 2, 178).

« seule des témoins, de le prendre en dépôt
« sous ma garde. »

La question s'étant élevée de savoir s'il résultait de ces termes que le testament eût été réellement présenté au testateur, la cour de Colmar, par arrêt du 10 juillet 1814, a décidé que cet acte de suscription était suffisant et complet; et le pourvoi formé contre cette décision a été rejeté par arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cassation du 22 mai 1817 [1].

Là-dessus, la critique s'est exercée [2]; on a multiplié les doutes; on s'est ingénié pour ériger des suppositions. On a fait des efforts infinis pour placer, à côté de l'évidence, des conjectures de nature à l'ébranler. On a dit : Un tel acte ne constate pas qui a présenté le testament au notaire. Est-ce le testateur? Il n'en est rien dit. Est-ce le notaire qui l'a pris sur la table ou ailleurs? Mais il peut s'être trompé, et le testateur, en voyant les choses de loin, a pu se tromper aussi. Est-ce une personne étrangère qui a déposé manuellement le testament entre les mains du notaire? Mais qui assure qu'elle n'a pas remis à l'officier public un acte faux et gardé le véritable? Il y a donc de l'incertitude sur tous les points, et, d'après la loi, la certitude doit être imprimée dans toutes les parties du testament.

Où, sans doute, répondrons-nous, la certitude doit résulter de l'acte de suscription. Mais pour tous les esprits ennemis des subtilités, elle est éclatante ici; et il ne faut pas se laisser aller, pour l'obscurcir, à ce que le jurisconsulte romain appelle si bien « *nimiam et miseram diligentiam*. »

1643. Voici une autre question qui touche à cette matière des équipollents. Il s'agit de la mention relative au scel et à la clôture.

L'acte de suscription de la dame Ichon était ainsi conçu : « Laquelle dame Ichon a présenté
« aux notaire et témoins, et ensuite remis au
« notaire, le présent papier ci-clos qu'elle a déclaré
« auxdits notaire et témoins contenir ses
« dispositions. »

A la mort de la dame Ichon, le procès-verbal d'ouverture du testament constata en ces termes l'état dans lequel il se trouvait : « Un papier
« cacheté de deux cachets sur être ardente
« rouge, lacé d'un ruban blanc. »

Dans cet état de choses on a prétendu, devant la cour de Bordeaux, que le testament était nul parce que l'acte de suscription ne faisait

mention que de la clôture sans parler du scel.

Mais on répondait qu'il y avait là un fait apparent qui n'avait pas besoin d'être constaté. L'omission du notaire n'avait pu avoir pour effet de détruire ce qui frappait les yeux de tous. Ce fut l'avis de la cour de Bordeaux [3] qui, après s'être fait représenter le testament, décida, par arrêt du 21 mars 1822, qu'il résultait de l'inspection de cet acte qu'il était clos et scellé, au moment où il avait été présenté au notaire et aux témoins, et qu'ainsi le vœu de la loi avait été rempli. L'affaire ayant été portée devant la cour de cassation, le pourvoi fut rejeté par arrêt de la chambre des requêtes du 23 juin 1824 [4].

Merlin [5] a présenté des critiques spécieuses sur cet arrêt de Bordeaux : « Il faut, dit-il, « qu'on sache quand le testament a été scellé. « Était-il scellé lors de la présentation? Rien ne « le dit. Du moins a-t-il été scellé après la présentation, et en présence des témoins? L'acte « n'en dit rien non plus. Il importe peu, en « effet, que la cour de Bordeaux ait trouvé le « testament scellé lors de l'ouverture. Il sera « toujours douteux quand le scellement aura été « fait. » A quoi on peut ajouter que, dans le système de l'arrêt, le notaire aurait pu même se dispenser de mentionner que le testament était clos : la clôture étant un fait qui, aussi bien que le scel, peut se vérifier à l'inspection, serait alors tout aussi inutile à mentionner.

Malgré ces raisons, si j'avais été du nombre des juges, j'aurais probablement adopté la décision de la cour de Bordeaux, et j'approuve fort la chambre des requêtes d'avoir rejeté le pourvoi. Il me semble, en effet, que la constatation positive de la clôture, au moment de la présentation rapprochée de l'existence des cachets, était suffisante pour établir, au moins par équipollents, que la clôture résultait pour tout le monde de l'apposition de ces mêmes cachets. Il faut d'ailleurs considérer (et la cour de cassation en a fait la judicieuse remarque), que l'art. 976 n'impose pas au notaire, à peine de nullité, les mentions expresses qui sont exigées de lui dans l'art. 972; qu'on peut, par conséquent, admettre ici une certaine latitude, pourvu que du rapprochement des circonstances signalées et des faits matériels, il résulte que le procès-verbal de suscription contient tout ce qui est essentiel pour la validité de l'acte [6].

1644. Nous en dirions tout autant, si le no-

[1] Merlin, *Répert.*, v^o Testament, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 2, n^o 13.

[2] Merlin, *loc. cit.*

[3] Merlin, *loc. cit.*, t. XVII, p. 731, sect. 5, § 3, art. 3, n^o 14, 4^e.

[4] Dalloz, t. VI, p. 22.

[5] Merlin, *loc. cit.*

[6] Aus. Le terme *cacheté* est l'équivalent des deux mots *clos et scellé*, dans l'art. 976, C. civ. Br., 13 juin 1814 (*Jurisp. de Belg.*, 1814, 2, 113).

taire s'était borné à constater que le testament était scellé, sans ajouter qu'il était clos. C'est ce qu'a décidé la cour de Colmar par arrêt du 20 janvier 1824 (1), par la très-bonne raison qu'en combinant les différentes parties de l'acte de suscription dont il s'agissait et les circonstances y relatives, il était évident qu'il y avait eu clôture et scel.

1645. S'il y a dans l'acte de suscription des circonstances qui doivent être nécessairement constatées, au moins par écopollents, il en est d'autres dont la mention est indifférente, parce qu'elles n'ont aucun caractère essentiel. Par exemple, il n'est pas nécessaire qu'il soit dit que l'acte de suscription a été écrit sur la feuille du testament ou sur son enveloppe (2). La cour de Bruxelles (3) a même décidé que la fausse énonciation de cette circonstance, faite par le notaire, ne peut vicier le testament; et en effet, il n'en saurait être autrement, puisque la mention n'est point nécessaire (4). Il n'est point non plus exigé qu'il soit fait mention que l'acte de suscription a été écrit de la main même du notaire (5), pourvu, du reste, qu'il résulte de l'état matériel que c'est le notaire lui-même qui a écrit l'acte.

1646. Lorsque le procès-verbal est ainsi dressé et parfait, il doit être signé tant par le testateur que par le notaire, ensemble par les témoins. Il faut appliquer à cette formalité tout ce que nous avons dit plus haut sur les signatures (6).

Le notaire doit faire mention, dans l'acte de suscription, de la signature du testateur et des témoins. C'est là une formalité substantielle dans tous les actes publics (7); il n'est même pas nécessaire de recourir à la loi sur le notariat, pour en regarder l'observation comme nécessaire dans l'acte de suscription. Il suffit de se renfermer dans le texte de l'art. 976 qui, après avoir ordonné la signature par le testateur, le notaire et les témoins, dit que cela et tout ce qui précède doit être fait *uno contextu*. D'où il suit bien évidemment qu'il faut qu'il

soit constaté que la signature du testateur et des témoins a eu lieu au moment de l'acte et non pas après. Si le notaire ne constatait pas que les signatures ont été apposées, comment saurait-on que toutes les formalités de l'acte de suscription ont été remplies de suite et sans diverir à d'autres actes (8)?

1647. Ceci sert à décider la question de savoir si, quoique la loi de ventôse exige que la mention des signatures soit placée à la fin de l'acte, l'acte de suscription du testament mystique est nul, parce que la mention des signatures a été mise à une autre place. La cour de cassation, par arrêt du 16 décembre 1834 (9), a décidé que la loi de ventôse ne saurait gouverner ce cas, et toute place est bonne pour recevoir cette énonciation.

Si le testateur qui a signé les dispositions secrètes se trouve, par un empêchement survenu depuis, dans l'impossibilité de signer l'acte de suscription, il devra être fait mention expresse par le notaire de sa déclaration à cet égard. Et ici encore peu importera la place que cette mention occupera dans l'acte (10). Il ne sera point, non plus, nécessaire d'augmenter le nombre des témoins, comme dans le cas de l'art. 977.

1648. Quant à la mention de la signature du notaire à l'acte de suscription, elle n'est pas plus exigée ici que dans le testament par acte public (11).

1649. Reste à dire un mot de la mention de la lecture de l'acte de suscription; cette mention n'est pas exigée par notre article, et si le notaire omettait de la faire, il n'encourrait qu'une amende de 100 fr. d'après l'art. 15 de la loi de ventôse (12).

1650. Nous n'avons pas besoin de répéter que l'acte doit être daté. C'est là une formalité substantielle dont l'omission entraînerait nullité (13); elle est d'autant plus nécessaire, que l'acte intérieur peut manquer de date (14).

1651. Enfin, la loi veut que toutes les opérations qui constituent le testament mystique soient faites de suite et sans diverir à d'autres

(1) Delloz, t. VI, p. 20. Tous les motifs de cet arrêt ne sont pas irrécusablement; mais, au fond, la décision doit être suivie.

(2) Cour de Gènes, 29 décembre 1810 (Devill., 3, 2, 382).

(3) Bruxelles, 9 avril 1808 (Delloz, t. VI, p. 34).

(4) Merlin, *Repet.*, v° Testament, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 3, n° 17, 3° et 3°.

(5) Grenier, n° 272. Delvincourt, note 8, sur la p. 83, Merlin, *Repet.*, v° Testament, sect. 2, § 3, art. 4, n° 6. Toullier, t. V, n° 481. Duranton, t. IX, n° 427. Delloz, eh. 6, sect. 3, art. 3, n° 2, t. VI. Vazeille, n° 19, sur l'art. 976. Coin-Delisle, n° 41, sur l'art. 975.

(6) Nos 1493 et suiv.; 1578, 1579.

(7) Voy. loi du 25 ventôse an xi, art. 14 et 68.

(8) Un arrêt de la cour de Turin, du 11 novembre 1811 (*Journal du Palais*, 2, 687), argumente comme si la loi de ventôse était nécessaire pour décider ce point de droit. Juge les motifs d'un arrêt de cassation, du 16 février 1814, chambre civile (Devill., 4, 1, 537).

(9) Sirey, 33, 1, 465.

(10) Bourdeaux, 20 novembre 1835 (*Journ. du Palais*, 1835, t. I, p. 525). Cassat., rej., 3 janvier 1838 (*Journ. du Palais*, 1838, t. I, p. 139).

(11) *Supra*, n° 1582.

(12) Cette amende a même été réduite à 20 fr. par l'art. 10 de la loi du 16 juin 1824.

(13) Loi du 25 ventôse an xi.

(14) *Supra*, n° 1623.

actes. C'est là une condition que déjà nous avons eu occasion de toucher, en nous occupant de la loi romaine [1] ; elle exigeait unité d'action dans toutes les opérations testamentaires, dont l'accomplissement devait avoir lieu en un seul temps et sans intervalle [2]. L'ordonnance de 1735 fit passer cette disposition au nombre des formalités des testaments mystiques, en se servant des mots adoptés depuis par le Code Napoléon, « de suite et sans divertir à d'autres » actes, « qui rendent d'une manière moins vague les idées du législateur romain.

Mais de cette obligation on ne doit pas conclure que si le testateur, ou l'un des témoins, se trouvait pressé de quelque besoin physique, il ne pût sortir de la chambre pour un instant. La loi romaine le permettait d'une manière formelle [3]. Cependant, Doneau [4] veut que cette faculté ne soit accordée qu'autant qu'il s'agit d'une nécessité prompte à remplir. Car, si le testateur ou l'un des témoins était obligé de s'éloigner pour un mal dont la guérison serait de quelque durée, le testament serait interrompu.

La loi *Hæc consultissima* [5] décide que ce n'est pas manquer à la continuité d'action, que de rédiger ses dispositions dans un temps et de remettre la suscription à une autre époque. C'est aussi ce que nous avons déjà dit [6], parce que ce sont véritablement les formalités de la suscription qui constituent le testament mystique, et que jusqu'au moment où l'on commence à les remplir, l'acte n'est encore qu'un projet [7]. Du reste, l'art. 976 le fait suffisamment entendre [8].

Mais la mention que toutes les opérations concernant l'acte de suscription ont été accomplies, de suite et sans divertir à d'autres actes, est-elle nécessaire à peine de nullité? La loi n'a

point exigé cette mention d'une manière spéciale ; il suffit que l'unité de contexte résulte de l'ensemble des termes de l'acte de suscription [9].

1652. Telles sont les formalités que la loi exige pour le testament mystique. Ces formalités sont graves et importantes ; la déclaration faite par le testateur au notaire et aux témoins donne à ce testament le caractère d'un acte authentique. Un simple contrat passé devant un notaire et deux témoins est un acte authentique ; à plus forte raison, en doit-il être de même du testament mystique, qui exige le concours d'un notaire et de six témoins au moins. Vainement on voudrait distinguer ici entre le testament même et l'acte de suscription, et soutenir que ce dernier seul est authentique. Ces deux actes n'en font qu'un : le testament est uni d'une manière indissoluble à l'acte de suscription, et il participe par cela même à l'authenticité de cet acte. Il doit résulter de là que ce testament n'est plus sujet à dénégation d'écriture ou de signature, qu'il ne peut être argué que par inscription de faux [10], et que le juge ne peut en suspendre l'exécution [11].

1653. Nous avons vu [12] qu'un testament par acte public doit être passé en minute, à peine de nullité.

Mais il n'en est pas de même de l'acte de suscription d'un testament mystique, lequel, malgré son importance, n'est qu'un procès-verbal de faits matériels et ne renferme pas, comme le testament par acte public, la disposition de ce que le testateur laissera à son décès.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1735, il arrivait très-fréquemment que le testateur restait dépositaire, sur sa demande, de son testament mystique, et il a été jugé que cette pratique était dans la nature des choses [13]. On ne

[1] N° 1507.

[2] « *Una eodemque tempore*. » (Jostit., § 5, *De testam. ordi.*) « ... *Uno eodemque die, auctoque actu extraneo* » interveniente. » (Theod. et Valent., loi 21, C., *De testam.*) « ... *Est quatenus una contextu, nullum actum* » alienum interveniente. » (Ulpian., l. 21, § 3, D., *Qui testam. facere poss.*) « ... *In primis requiritur ut unico* » contextu fiat testamentum, nullo actu extraneo, nulla » contractu interveniente. Cum enim testamentum solius » testatoris voluntate constet, et omnibutorum ac mutuo » bile sit, contractus verò duorum contentum seu con- » sentientiam confluent rangue unius arbitrio non in- » firmantem, contradictorium foret irrevocabile negotium » revocabili testamento celebrari. » (Voet, *Ad Pand.*, *Qui testam. facere possunt*, n° 4.)

[3] Justinien, l. 28, C., *De testam.*, Voy., supra, le note sous le n° 1555. Voy. aussi n° 1617.

[4] Comm., lib. 6, ep. 8, n° 6.

[5] Justin., lib. 21, C., *De testam.*

[6] Supra, n° 1624.

[7] Furgole, *Testam.*, ch. 2, sect. 5, n° 28.

[8] Grenier, n° 263. Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. 2, § 2, art. 3, p. 621. Duranton, t. IX, n° 129. Coin-Delisle, n° 39, sur l'art. 976.

[9] Merlin, *loc. cit.*, art. 7, n° 3. Delvincourt, note 2, sur la p. 83. Favard, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. 2, § 4, n° 3. Bayle-Mouillard sur Grenier, n° 263, note a. Poujol, n° 14, sur l'art. 976. Vazeille, n° 21, sur l'article 976. Dalloz, t. VI, p. 36. Coin-Delisle, n° 41 *in fine*, sur l'art. 976. *Jugé cass.*, rej., 8 février 1890 (Devill., 6, 1, 181).

[10] Bruxelles, 23 mars 1811 (Devill., 3, 2, 458). Metz, 8 mars 1821 (Devill., 6, 2, 378). Besançon, 22 mai 1845 (Devill., 46, 2, 46).

[11] Bordeaux, 9 septembre 1829 (*Journal du Palais*, 23, 1441). *Jugé* Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 3, n° 29. Toullier, t. V, n° 501. Duranton, t. IX, n° 145. Dalloz, t. VI, p. 46. Vazeille, n° 23, sur l'art. 976. Coin-Delisle, n° 6, sur l'art. 697.

[12] Supra, n° 1508.

[13] Riom, 1^{er} décembre 1818 (Devill., 5, 2, 429. *Journal du Palais*, 14, 1096).

trouve rien dans les lois nouvelles qui y soit contraire. Bien plus, le texte de l'art. 1007 du Code Napoléon, combiné avec l'art. 916 du Code de procédure, montre clairement que, dans la pensée de ces articles, l'acte de suscription n'est qu'un de ces actes simples qui peuvent se passer en brevet. En effet, ces deux articles supposent que le testament mystique peut se trouver ailleurs que dans les mains du notaire qui l'a reçu [1]; qu'il peut être remis au président du tribunal par une personne autre que le notaire; enfin, le notaire qui a instrumenté en est si peu le dépositaire obligé, que le président peut, après l'ouverture, en confier la garde à tel notaire qu'il lui plaît de commettre [2]. Ces textes ont été évidemment formulés sous l'influence de pratiques toujours en usage et universellement attestées.

On conçoit, d'ailleurs, que l'écriture intérieure, qui n'est qu'une écriture privée, établisse un lien étroit entre le testateur et l'acte qui contient sa volonté. Pourquoi ne pourrait-il pas faire sur la pièce même des additions, des corrections, des modifications, puisque c'est son propre ouvrage? Sans doute, il ne le peut lorsque le testament est authentique, puisque l'instrument est l'œuvre du notaire. Mais le testament mystique a un tout autre caractère, et pour ne pas multiplier les testaments (ce qui est un inconvénient), le disposant peut très-bien apporter à l'acte des amendements qui résultent d'un changement de volonté.

Telle est, du reste, la jurisprudence [3]. Il a même été jugé que le testateur qui a de justes raisons de modifier son testament mystique, a droit de se le faire remettre par le notaire qui en est dépositaire [4]; ce n'est là qu'une conséquence de l'opinion d'après laquelle le procès-verbal de suscription peut être passé en brevet.

1654. Quand un testament mystique est nul dans sa forme solennelle, il est possible qu'il se soutienne comme testament olographe, si l'écrit intérieur répond à toutes les conditions exigées pour la validité des testaments olographes.

Ce point a cependant été un sujet de controverse entre les auteurs. Quoi qu'il nous semble très-simple et très-clair, il suffit qu'il occupe une place considérable dans la science pour que

nous croyions devoir nous y arrêter un instant.

Et d'abord, Cujas [5] a pensé qu'un testament olographe, dans lequel le testateur avait annoncé qu'il le ferait reconnaître devant témoins, était nul si cette formalité n'était pas remplie devant le nombre de témoins requis pour faire un testament public. Il se fonde sur un passage de la novelle de Valentinien [6], qui porte ce qui suit : « *Si holographa manu testamenta con-* » *dantur, testes necessarios non putamus;* » *cum tamen testium presentiam testator ele-* » *gerit, legitimum numerum semper oportebit* » *adhiberi.* »

Ricard [7] assure « qu'on peut avancer pour une maxime générale, qu'il est nécessaire que le testament soit parfait en la forme en laquelle le testateur a commencé de disposer, et que, quoique cet acte ait des solennités suffisantes pour valoir en une autre forme permise par la loi ou par la coutume, il ne laissera pas de demeurer sans effet s'il n'est accompagné de celles qui sont requises pour l'accomplissement de l'espèce de testament en laquelle il a voulu disposer. » Ce jurisconsulte s'appuie sur la loi dernière au Code, *De codicillis*, sur la loi 19 au Code, *De fideicommissis*, et sur le paragraphe dernier aux Institutes, *De fideicommissariâ hereditate*.

« Cette maxime, dit Ricard, est fondée sur ce que le défunt ayant témoigné vouloir faire son testament en une forme plus solennelle, il est censé n'avoir pas eu dessein de confier sa volonté dans une forme plus commune et moins assurée, et ainsi ne se trouvant pas parfait en la manière qu'il a choisie, l'acte qui a été fait n'est point suffisant pour faire foi de ses intentions. »

Le même auteur justifie son sentiment par deux arrêts du parlement de Paris, du 28 août 1575 et du 20 juillet 1635, dont le dernier jugea qu'un testament fait en présence de sept témoins fut déclaré nul, à cause du défaut de pouvoir du notaire dans le lieu où il instrumentait, et que la cour repoussa le moyen pris de ce qu'en pays de droit écrit (et c'était en pays de droit écrit que le testament avait été fait), l'on pouvait valablement tester en présence de sept témoins, sans notaire; le parlement fut déterminé à rejeter ce moyen, parce que le testateur avait eu intention de tester devant notaire.

[1] Carré et Chauveau, *Lois de la procéd. civ.*, sur les art. 916 et 917.

[2] Jaubert, *Rapport au tribunal* (Loché, t. II, p. 472).

[3] Bruxelles, 2 juillet 1825 (Devill., 8, 2, 117).

[4] Paris, 10 juin 1848 (Devill., 48, 2, 356. *Journ. du Palais*, 48, 2168), qui confirme un jugement (affaire Casariers) du tribunal de la Seine, du 11 décembre

1847 (Devill., 48, 2, 45). Voy., contr., une délibération de la chambre des notaires de Paris, du 6 février 1823, rapportée par Kolland de Villargues dans son *Code du Notariat*, p. 458.

[5] Consultat. 35.

[6] Novelle 2, Code de Théodose, *De testamentis*.

[7] Ricard, *Donat.*, part. I, n° 1609 et suiv.

On peut joindre à cette opinion celle d'un professeur de droit fort estimé, Serres, qui [1] enseigne « qu'on ne peut pas régulièrement consacrer une espèce de testament en une autre, » et que tout testament doit être parfait dans la forme en laquelle il a été commencé et « fait. »

Chabrol, commentateur de la coutume d'Auvergne, qui jouit d'une grande considération parmi les jurisconsultes de ce pays, professe la même doctrine [2]. Grenier [3] et Merlin [4] ont pendant quelque temps partagé l'opinion de ces auteurs.

D'autres jurisconsultes ont pensé, au contraire, que la faveur des dernières dispositions devait faire supposer que l'intention du testateur avait été de tester dans la forme réellement observée par lui. Ils se foudent à cet égard sur la loi 12, D., *De rebus dubiis*, et sur la loi 3, D., *De test. milit.*, qui admet en termes formels cette présomption, et déclare que le testament d'un soldat, nul comme testament solennel, vaut toujours comme testament militaire, malgré la volonté exprimée par le testateur de faire un testament solennel; car, dit Ulpien, « *neo credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua* » [5].

Tel est l'avis d'Henrys [6], qui s'appuie sur le sentiment du président Favre [7]. C'est aussi celui de Toullier [8]; et enfin, c'est à cet avis que sont revenus, en dernier lieu, Merlin et Grenier.

Il nous semble que c'est aussi le seul que l'on puisse suivre, et pour le prouver nous allons discuter toutes les raisons opposées *ex adverso*.

D'abord, l'argument que Ricard tire des lois romaines n'est rien moins que concluant. Ces lois sont rendues sur la question de savoir si un testament nul comme tel peut valoir comme codicille, et elles prononcent très-justement la négative. Mais ce cas est fort différent du nôtre. Car un testament et un codicille sont deux actes d'une nature toute différente dans le droit romain. Le testament faisait un héritier, le codi-

cille sans testament était un acte *ab intestat*; tellement que l'héritier *ab intestat* était seul héritier, et qu'il se trouvait seulement grevé des legs comme fidéicommiss; ce qui lui donnait le droit de retenir la quarte Trébellianique [9]. Il était bien clair que, par cela seul que le testateur avait voulu faire un testament, il n'avait pas songé à codiciller, et que le testament ne pouvait valoir comme codicille qu'en vertu de la clause codicillaire expresse, c'est-à-dire en vertu d'une volonté du défunt clairement manifestée.

Mais, dans l'espèce que nous discutons, il ne s'agit pas de convertir un acte d'une espèce en un acte d'une espèce opposée soit par l'essence, soit par les résultats; il s'agit, ce qui est tout autre, de savoir si un testament, nul en une forme, peut valoir en une autre forme testamentaire [10].

Ainsi, Ricard n'aurait pas dû se laisser influencer par les lois romaines qu'il cite mal à propos; la loi 3, D., *De test. militis*, était la seule décisive, puisqu'il s'y agit véritablement de la conversion d'un testament en un autre testament; et tandis que Ricard n'y voit qu'un cas exceptionnel en faveur du soldat, il nous semble qu'il eût été plus digne de sa pénétration d'y trouver la règle générale de notre matière [11].

Sans doute le cas dont s'occupe la loi 3, D., *De test. militis*, est particulier au soldat et ne pouvait pas se présenter pour un citoyen ordinaire. Il s'agissait d'un soldat qui avait manifesté l'intention de tester *jure communi*, et dont le testament était resté imparfait. On demandait si ce testament, nul comme solennel et n'ayant aucune forme du droit civil, pouvait valoir comme militaire, et dans l'espèce posée, ce moyen ne pouvait être invoqué qu'en faveur du soldat dont les dernières dispositions valaient *nuda voluntas*. Si c'eût été un simple citoyen qui eût testé, on n'aurait pas hésité à dire: Le testament est nul sans ressource; il ne s'y trouve aucune des solennités requises par la loi pour faire valoir les dernières volontés. Mais c'est un soldat dont le testament est soumis à l'examen,

[1] Serres, *Instit. au droit français*, t. 2, l. X, § 3.

[2] Chabrol sur la cout. d'Auvergne, t. II, p. 58.

[3] Grenier, n° 276.

[4] Merlin, *Quest. de droit*, v° Testament, § 6, p. 267, la note p. 269 et suiv.

[5] Ulpien, l. 3, D., *De testam. milit.* Pothier, *Pend.*, 8, 2, p. 226, n° 14.

[6] Henrys, l. 3, ch. 1, quest. 2 et 3; ch. 4, quest. 67.

[7] Favre, *De error. pragmat.*, decod. 75, error. 6.

[8] Toullier, t. V, n° 480.

[9] Ricard, *loc. cit.*, n° 1431.

[10] Vuy, *supra*, n° 47.

[11] La raison de décider, adoptée par Ulpien, est si bien considérée comme faisant une règle générale, que

Menchius en a tiré le principe que, lorsqu'une personne peut faire un acte d'après le droit commun et d'après un droit spécial, et que l'acte ne vaut pas *jure communi*, il doit valoir *jure speciali*: « *Primus casus est quando a actus non potest valere et existeri jure communi. Tunc præsumitur confectus de jure speciali et privilegio.* » Menchius s'appuie sur l'autorité d'Aleci et de plusieurs autres, qui veulent même que cette règle ait lieu quando actum confectus destinasset uti jure communi (lib. 6, præf. 6, n° 1 et seq.); ce qu'approuve Menochius, *proc.* 4, n° 37, par la raison qu'à moins de preuve ou de paroles contraires, on ne peut supposer que le testateur ait exclu et répudié son privilège spécial, s'il eût su qu'il faisait une chose nulle suivant le droit commun.

c'est-à-dire un homme qui jouit du privilège de n'être assujéti à aucune forme testamentaire. Voyons si son testament ne vaudra pas comme manifestation d'une nue volonté. Voilà en quoi la loi 3 [1] statue sur un cas particulier au soldat. Mais ce cas particulier, Ulpien le résout par une règle générale : *« Nec credendus est »* quicquam genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua : sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus. » Quasquam, dit Ulpien, et ce mot a une telle latitude qu'il prouve évidemment que le jurisconsulte appliquait ici une maxime faite aussi bien pour les citoyens ordinaires que pour les soldats, une de ces maximes, en un mot, dont la généralité vient éclairer tous les cas particuliers. Ce serait donc une erreur de croire que la loi 3 constituait un privilège pour le seul soldat, si l'espèce prévue est particulière au soldat, la raison de décider est générale, et c'est cette raison dont nous nous emparons pour résoudre les difficultés du même genre qui peuvent se présenter dans les testaments paganiques.

Ainsi, par exemple, voyons si un testament paganique solennel, qui manquera de quelques formalités, pourra valoir comme nuncupatif verbal. On sait que, quoique le testament solennel soit ordinairement secret, cependant le testateur peut en donner connaissance aux sept témoins appelés pour la suscription [2]. Supposons que, par une confiance entière dans les témoins, le testateur leur ait révélé le contenu de l'écrit intérieur, et qu'ensuite ce testament soit nul comme solennel : pourra-t-il, dans ce cas, valoir comme nuncupatif, étant revêtu des formalités particulières à ce testament, qui n'exige que la déclaration verbale des dernières dispositions sans le secours de l'écriture ? On voit qu'il s'agit ici de conversion, comme dans la loi 3, D., *De test. milit.*, et comme dans la question que nous discutons. Eh bien, les arrêts et les auteurs s'accordent à dire que le testament vaut comme nuncupatif, à moins que le testateur n'ait déclaré qu'il voulait que son testament ne valût que comme solennel. C'est ce

que décide Socin [3], Bartole [4], Paul de Castro [5]. Menochius [6] n'hésite pas à dire que si quelqu'un veut faire un testament écrit et qu'il en omette les solennités, son testament vaudra comme nuncupatif. Grassus [7] dit formellement : *« Vera et communis opinio est »* quod tale testamentum (id est testamentum « in scriptis imperfectum ratione solennitatis » valeat ut nuncupativum, nisi expressè articuletur se ad testamentum in scriptis, quia « fortè aliter noluit valere, vel noluit suam voluntatem testibus esse notam; et ita tenent omnes doctores; in dubio anim non est verisimile testatorem se restringere ad unam viam testandi, et sic eligere iter per quod ejus iudicium impugnaretur [8]. »

Enfin Lapeyrière [9] rapporte un arrêt de la deuxième chambre des requêtes du parlement de Bordeaux, du 3 septembre 1672, qui juge que le testament qui ne peut valoir comme solennel *in scriptis*, peut valoir comme nuncupatif, et c'est aussi l'avis du président Cambolas [10] et de D'Olive [11], qui s'appuient sur des arrêts [12] du parlement de Toulouse, dont ils étaient membres tous deux. Nous ne connaissons aucun auteur de quelque considération qui ait décidé cette question en sens contraire. Car nous ne croyons pas qu'on puisse tirer une induction quelconque de ce que dit Furgole [13].

L'on voit que cette opinion généralement accréditée, jointe au principe général contenu dans la loi 3, D., *Test. milit.*, rend inadmissible cette prétendue règle de Ricard et de Serres, qu'un testament doit valoir en la forme commencée. C'est en vain que Ricard oppose la présomption, que le défunt ayant témoigné vouloir faire son testament en une forme plus solennelle, n'est pas censé avoir eu le dessein de confier sa volonté dans une forme plus commune et moins assurée; on lui opposera cette présomption bien plus naturelle, bien plus conforme au désir qu'ont tous les hommes de faire survivre leur volonté à eux-mêmes. *« Nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda »* judicia sua, sed magis utroque genere vo-

[1] D., *De testam. militis*.

[2] Suprà, n° 1618.

[3] Socin, conseil 135.

[4] Bartole, *Infort.*, ad lib. 29, D., *De jure codicil.* l. 20, in fine, l. 111, p. 172, col. 2 : « Aut enim apparet, » dit cet auteur, quod testator volebat cedere in scriptis... testamentum, et testamentum non valet ut nuncupativum; aut non constat tunc illi nominatim heredes, » si est facta coram legitimo numero testibus, et valet ut « testamentum nuncupativum. » Rien n'est plus formel que cette décision, rendue dans un cas où il s'agissait d'une institution d'héritier *in scriptis*, nulle comme telle.

[5] Sur la l. *Heredit. palam.*, D., *Qui testam. fac.* poss.

[6] Menochius, *De presumpt.*, lib. 4, *presumpt.*, 2, n° 14 et seq.

[7] L'opinion de cet auteur est citée dans l'ouvrage intitulé : *Syntagma opinionum communium*.

[8] Nautica, *De conject.* ultim. vol., l. 1, l. VII, n° 6, p. 12 : « Communis doctorum Schola, dicit, et concludit, » testamentum ut nuncupativum sustinere debet, si non » valet tanquam in scriptis conditum. »

[9] Lapeyrière, lettre 3, n° 46.

[10] L. 3, ch. 46.

[11] Questions notables de droit, liv. 3.

[12] Arrêts du parlement de Toulouse, des 15 mars 1631 et 22 mai 1632.

[13] Furgole, ch. 2, sect. 2, n° 26 et suiv.

« *tuissae, propter fortuitos casus.* » Et tandis que cette présomption se trouve encore dériver de la loi 6, § 2, D., *De jure codicill.* [1], et concorder avec cette autre règle, que ce qui abonde ne vicie pas : « *Non solent quæ abundant titiari scripturas,* » la présomption posée comme règle par Ricard ne se trouve consignée dans aucun texte de quelque valeur.

Toullier donne une autre preuve que le choix d'un genre d'actes n'exclut pas tout autre acte dont les formalités se trouvent avoir été remplies à défaut de celles qui pouvaient valider celui que l'on avait d'abord ehoisi. C'est que l'acte public, nul comme tel, vaut cependant comme acte sous signature privée, s'il est souscrit de toutes les parties [2].

Nous trouvons donc déjà qu'une loi du Digeste décide que le testament d'un soldat, nul comme solennel, peut valoir comme testament militaire; qu'une foule d'auteurs, dont les opinions ont été sanctionnées par des arrêts, ont décidé qu'un testament mystique nul vaut, dans le droit romain, comme nuncupatif verbal, s'il a été prononcé devant les témoins. Quelle serait donc la raison qui empêcherait un testament solennel, inquant de quelques formalités essentielles, de valoir comme olographe, s'il était écrit, daté et signé de la main du testateur? Nous n'en voyons absolument aucune; il est même certain que celui qui a fait son testament olographe, et qui veut ensuite le faire revêtir des formalités du testament mystique, n'est le plus souvent porté à prendre ce parti que par précaution et pour mieux assurer l'existence de sa volonté, bien loin de vouloir la détruire. Le testament olographe n'est presque toujours connu que du testateur et de l'héritier légitime. Le testateur peut eraindre que ce dernier ne se porte à le supprimer; alors il le fait revêtir de la suscription, assuré dès ce moment que, sept personnes sachant qu'il a testé, toute suppression de la part de l'héritier deviendra impossible à consommer dans le secret. D'ailleurs, l'écriture est sujette à vérification dans le testament olographe, et il est possible que le testateur, voulant éviter à son légataire les inquiétudes de cette vérification, ait fait dresser la suscription, qui, comme dit élégamment Paul [3] : « *Interiori fidem serent.* »

Tout cela, disons-nous, est l'effet d'une précaution louable, mais ne prouve en aucune manière que le testateur ait voulu exclure la forme olographe, et faire exclusivement dépendre la preuve de sa volonté des formes du testament mystique. S'il l'avait voulu, il l'aurait dit : mais, dans son silence, on ne peut admettre une présomption si contraire à l'estime que chacun fait de mourir avec un testament respecté [4].

Aussi, la jurisprudence des cours souveraines a-t-elle toujours incliné pour la conversion du testament mystique en testament olographe, lorsqu'elle était possible, et Merlin rapporte [5] un arrêt du parlement de Dijon, du 1^{er} août 1748, qui a jugé valable comme olographe un testament destitué des formes du testament solennel. L'héritier *ab intestat* se pourvut au grand conseil contre cet arrêt, mais il fut débouté de sa demande en 1751.

Ajoutons que l'ordonnance de 1629 admettait, dans son article 126, qu'un testament olographe était toujours valable, quoique le testateur eût voulu par la suite le faire revêtir des solennités des testaments mystiques, et que les solennités eussent été imparfaitement remplies. A la vérité, cette ordonnance n'était pas observée dans la plus grande partie du royaume. Mais, au jugement de Bretonnier, c'était un monument de la sagesse de De Marillac, garde des sceaux, qui la rédigea, et elle peut faire autorité comme raison écrite. Grenier [6] en tire, à la vérité, la conséquence que l'auteur de cette ordonnance reconnaissait le principe qu'un testament devait être parfait en la forme ehoisie, et qu'il voulait y déroger. Tout ce que prescrit le législateur ne suppose pas un usage contraire précédemment suivi; de ce que le Code Napoléon trace à la donation des formalités particulières qu'il veut être observées à peine de nullité, s'ensuit-il que ces formes sont nouvelles, qu'elles étaient inconnues sous le régime de l'ordonnance de 1731? On sait que rien n'est plus périlleux que ces arguments à *contrario*, comme Ricard le dit quelque part dans son traité *Des donations*. D'ailleurs, De Marillac pouvait avoir eu sous les yeux la jurisprudence particulière du parlement de Paris, qui s'opposait à la conversion des testaments, et avoir voulu la ramener à la jurisprudence des parle-

[1] Pothier, *Pand.*, t. II, p. 263, n° 6.

[2] Art. 68 de la loi de vénése au XI. Art. 1318, C. Nap.

[3] Paul, *Sententie*, L. 5, *Ad leg. Cornel. Testam.*, tit. 25, § 6. Voy. Cujas, *ad tit.*, C., *De testam.*

[4] On peut appliquer aux testaments mystiques, dont l'écrit intérieur est un testament olographe, ce que Menochius disait du testament *in scriptis*, revêtu des formalités nuncupatives : « *Decitur quedam mista spe-*

ciis testamenti, et communem esse sententiam asseruit ipse Vasquius, qui scripsit, quod una forma alteram non censuit, sed ambas simul concurrere, et esse possunt, quod ait probari... »

[5] Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 4, art. 4, p. 763, vol. 1.

[6] Grenier, *loc. cit.*, n° 276, t. II, p. 370, éd. de Bayle-Mouillard.

ments de Toulouse et de Bordeaux ; hypothèse qui prouverait, du moins, qu'aux yeux d'un magistrat de ce savoir et de cette sagesse, cette dernière jurisprudence, dont Cambolas cite un monument qui remonte au 4 janvier 1605, était la meilleure. Elle est, en effet, puisée à la source du droit romain, et dans la plus saine interprétation des volontés des mourants. Quant à la novelle de Valentinien, j'ai dit ci-dessus [1] que Justinien l'avait rejetée, et qu'il paraît même qu'elle n'a jamais été observée. D'ailleurs, si on voulait la considérer comme raison écrite, on lui opposerait, avec succès, l'ordonnance de 1629, qui est aussi un monument de la raison écrite, et qui doit surtout avoir un grand poids aux yeux des jurisconsultes français.

Il ne nous reste plus qu'à examiner les raisons qui ont un instant séduit Merlin et qui ont été développées dans la troisième édition de ses *Questions de droit* [2].

L'art. 979 du Code civil (disait Merlin) veut que le muet qui fait un testament mystique commence par écrire, dater et signer ce testament, c'est-à-dire par lui donner la forme d'un testament olographe; et non content de ce préliminaire qui, pourtant, suffirait pour assurer l'exécution de la volonté du testateur, s'il n'avait pas en vue la forme mystique, il veut que le testateur le présente au notaire et aux témoins, qu'il écrive la déclaration que c'est là son testament, etc. Si une de ces formalités n'est pas observée, quel sera le sort du testament? Il sera nul, dit l'art. 1001. Il sera nul: il ne vaudra donc pas comme testament olographe! Et pourquoi? C'est que la loi ne considère le testament écrit, daté et signé de la main du muet, que comme un projet subordonné à l'accomplissement des formalités voulues pour les testaments mystiques, et que si ces formalités ne sont pas observées, elle adopte cette maxime de Godefroy [3]: « *Presumitur testator justas solemnitates omittens, solemnibus voluntatis penitus et per totum actum facere voluisse.* »

Cette argumentation est plus subtile que solide, et elle avait pour résultat de mettre Merlin en contradiction avec ce qu'il avait dit précédemment [4]. Il avait d'abord soutenu qu'avant le Code Napoléon, le testament, nul comme testament mystique, pouvait valoir comme testament olographe. Or, cet art. 979 du Code n'est que la copie textuelle de l'art. 12 de l'ordonnance de 1735, qui, combiné avec l'article 47 de la même ordonnance, donne absolument le

même résultat que l'art. 979 conféré avec l'article 1001. Il y avait donc incohérence à se prononcer pour la validité du testament avant le Code Napoléon, et pour la nullité depuis ce Code?

Mais, dira-t-on, l'ordonnance de 1629, dont nous avons fait connaître ci-dessus l'art. 129, faisait loi dans quelques parties du royaume, même sous l'ordonnance de 1735; elle était notamment reçue à Bayonne, et c'est pour cela que Merlin soutient la validité d'un testament qui, fait dans cette ville, était nul comme mystique et valait comme olographe [5]. Nous dirons, d'abord, que Merlin, dans les réflexions qui précèdent son réquisitoire, examinant la question sous un point de vue général, se décidait pour la validité, même indépendamment de l'ordonnance de 1629. Mais, ensuite, pourquoi cette ordonnance faisait-elle loi dans quelques ressorts, même sous l'ordonnance de 1735? C'est qu'apparemment elle n'était pas contraire aux articles 12 et 47 de l'ordonnance de 1735. Car si elle y eût été contraire, elle aurait été abrogée par l'art. 82 de cette dernière ordonnance, portant: « *Voulons, au surplus, que la présente ordonnance soit gardée et observée à compter de sa publication, abrogeons toutes ordonnances, lois, coutumes, statuts et usages différents, ou qui seraient contraires aux dispositions y contenues.* » Concluons donc, d'après Merlin lui-même, que les art. 12 et 47 de l'ordonnance de 1735, qui prononçaient la nullité d'un testament mystique écrit tout entier, daté et signé de la main du testateur, lorsqu'il lui manquait quelques formalités voulues par la loi, ne contenaient rien de contraire au principe qu'il pouvait valoir comme olographe; et pourquoi? C'est que personne ne disconvient qu'il ne fût nul comme mystique; mais on soutient sa validité comme olographe. Voilà pourquoi l'arrêt du parlement de Dijon du 1^{er} août 1748, rendu, par conséquent, sous le régime de l'ordonnance de 1735, n'est pas contraire à cette ordonnance, et qu'un arrêt du conseil en prononça le maintien.

Comment serait-il donc possible que ce qui était vrai, selon Merlin, sous l'empire de l'ordonnance de 1735, fût faux sous le Code Napoléon, qui n'en est que la répétition?

Ensuite, comment ne voit-on pas que l'article 1001 doit être entendu *secundum subjectam materiam*; qu'en le combinant avec l'art. 979, il n'envisage le testament que dans l'ensemble des dispositions qui le rendent mystique, et que c'est

[1] *Suprà*, n° 1465.

[2] Merlin, *Quest. de droit*, v° Testament, p. 269.

[3] Godefroy sur la loi 14, C., *De testam.*

[4] Merlin, *Quest. de droit*, loc. cit., § 6.

[5] Merlin, loc. cit., req. du 28 thermidor an xi.

sous ce point de vue seul qu'il prononce la peine de nullité pour les omissions essentielles ; mais qu'il n'était pas du sujet du législateur de l'envisager sous le rapport d'un testament olographe, et qu'en déclarant sa nullité comme mystique, il laisse entière la question de savoir s'il vaut comme olographe ?

Merlin disait encore qu'aux yeux de la loi, le testament olographe qu'on veut faire revêtir de la forme solennelle n'est qu'un projet subordonné à l'accomplissement des formalités voulues par le testament mystique. Mais de quel texte du Code Napoléon tire-t-elle cette révélation ? Assurément, il faut faire une grande violence aux art. 979 et 1001 pour leur faire dire une chose si contraire à ce qui se passe journellement, et à l'esprit qui a dicté la loi 3, D. *De test. milit.*, aussi bien que la jurisprudence que nous avons analysée. Merlin ne met-il pas un peu trop de côté, dans cette interprétation subtile, la règle que les lois doivent être entendues *secundum subjectam materiam* ? Est-il possible de voir dans les art. 979 et 1001 autre chose, sinon que le testament est nul comme testament mystique ?

Pour nous, nous aimons mieux nous en tenir à la présomption d'Ulpien, que d'admettre que le testateur n'a voulu faire qu'un simple projet. Nul n'est censé choisir une forme de tester pour détruire sa propre volonté ; il faut supposer que le testateur, conduit par un esprit de prévoyance, a eu en vue « *utrumque testandi genus propter fortuitos casus.* »

Quant à la maxime de Godefroy, maxime d'une vérité éternelle, elle n'est faite que pour le cas où le testament n'a aucune formalité du droit civil. Il ne faut donc pas l'appliquer au cas où des solennités légales soutiennent ce testament.

Ainsi, sous quelque point de vue qu'on envisage cette opinion, que voulut un instant faire prévaloir Merlin, on comprend qu'elle ne pouvait être appelée à faire autorité.

Du reste, Merlin, ainsi que nous venons de le dire, abandonna ce système ; et, revenant sur son opinion, il reconnut franchement qu'il s'était trompé [1].

Grenier ne tarda pas non plus à se laisser entraîner, à la suite de Merlin, à la rétractation de son opinion [2].

Toutefois, à cette même époque où Merlin et Grenier confessaient les erreurs dans lesquelles ils étaient tombés sur la question, un arrêt de la cour de Poitiers, du 28 mai 1824 (3), très-faiblement motivé, se rangeait à l'opinion de Ricard et à ce prétendu principe, qu'un testament doit être parfait dans la forme choisie par le testateur.

Mais depuis cette époque, la jurisprudence (4) et la grande majorité des auteurs (5) ont admis la validité du testament comme testament olographe.

1855. La question se simplifie beaucoup, lorsque le testateur a énoncé la volonté que son testament vailût dans la meilleure forme ; alors la conversion ne peut plus faire de doute ; elle procède de la volonté du disposant, selon *Mautica* (6). La clause *omni meliore modo* suffit pour autoriser la conversion. Cependant, il arrive souvent que cette clause doit être plutôt considérée comme de style, que comme procédant de la volonté formelle du testateur ; mais, dans le doute, il faut supposer que le notaire n'a fait qu'obéir à l'injonction du testateur. « *Et quidem notarius censetur rogatus ut apponet omnes clausulas solitas apponi* (7). »

[1] Merlin, *Répert.*, v° Testament, t. XVII, p. 762. « De nouvelles réflexions, dit-il, me portent à croire que je me suis trompé : »

[2] Grenier (3^e édit.), n° 976 bis.

[3] 28 mai 1824 (Devill., 7, 2, 371, Dalloz, 23, 2, 64).

[4] Bastia, 14 mars 1822 (Dalloz, J. G., t. VI, p. 45). Nîmes, 30 mai 1825 (Devill., 7, 2, 222). Caen, 26 janvier 1826 (Devill., 8, 2, 184). Dijon, 28 février 1827, et cassat., rej., 23 décembre 1828 (Devill., 9, t. 203 ; *Journal du Palais*, 22, 495 ; et *Annuaire de Belg.*, 1829, 2, 325). Voy. aussi, antérieurement, un arrêt d'Aix du 18 janvier 1808 (Devill., 2, 2, 392).

Aux Br., 11 mars 1815 (*Jurisp. de Belg.*, 1815, 1, 243).

[5] Duranton, t. IX, n° 158. Selon, *Théorie des nullités*, t. II, n° 125. Vazeille, n° 18, sur l'art. 976. Ponce, n° 27, sur l'art. 976. Masse, *Parf. notaire*, t. I,

p. 408. Delaporte, *Pandectes françaises*, t. IV, p. 333. Dalloz, ch. 6, sect. 3, art. 7, n° 1 et suiv. Marcadé, n° 40, sur l'art. 976. Voy., contr., Favard, *Répert.*, v° Testament, sect. 1, § 4, et Coin-Delisle, n° 15, sur l'art. 976.

[6] Mautica, *De conjunct. ultim. vol.*, lib. 1, t. IX, n° 11.

[7] *Nautica, loc. cit.*, l. 1, t. IX, n° 2, et l. 1, t. X, n° 2. Voy. un arrêt de la cour de Bourges, du 10 août 1815 (Devill., 3, 1, 39), qui juge qu'un testament écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, revêtu des formalités du testament mystique, et qualifié dans l'acte de souscription de testament olographe, peut valoir comme tel, en cas d'irrégularité dans la forme mystique.

— Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par la chambre des requêtes de la cour de cassation, le 6 juin 1815 (Devill., 3, 1, 59).

ARTICLE 977.

Si le testateur ne sait signer, ou s'il n'a pu le faire lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, il sera appelé à l'acte de suscription un témoin, outre le nombre porté par l'article précédent, lequel signera l'acte avec les autres témoins; et il y sera fait mention de la cause pour laquelle ce témoin aura été appelé.

SOMMAIRE.

1636. De la nécessité d'appeler un témoin supplémentaire à l'acte de suscription, lorsque le testateur ne sait signer ou n'a pu le faire.
1637. Le notaire doit mentionner la cause pour laquelle

ce témoin a été appelé.
1638. La présence de ce témoin est exigée pour tout l'ensemble de l'opération.

COMMENTAIRE.

1636. Lorsque l'écrit intérieur est signé du testateur, six témoins suffisent pour la perfection de l'acte de suscription; c'est ce que nous venons de voir dans l'article précédent.

Mais lorsque l'écrit qui contient les dispositions n'est pas signé, soit parce que le testateur ne sait pas signer, soit parce qu'il ne le peut, alors il faut appeler un septième témoin, lequel signe, avec les autres témoins, l'acte de suscription.

L'ordonnance de 1735 le voulait ainsi, et notre art. 977 est la reproduction textuelle de l'art. 10 de cette ordonnance.

1637. Le notaire doit faire mention de la cause pour laquelle ce témoin supplémentaire a été appelé. L'omission, à cet égard, constituerait une nullité. Mais peu importe la place de l'acte où se trouve cette mention; il suffit qu'elle s'y trouve positivement [1].

Pour remplir le vœu de la loi, le notaire devra constater que le témoin a été appelé, parce que le testateur n'a pas su ou n'a pas pu signer [2]. Dans ce dernier cas, il ne sera pas nécessaire de préciser la cause spéciale de l'impossibilité de signer [3].

1638. Il ne suffirait pas, du reste, que le témoin fut appelé à la fin de l'opération. Il doit, comme les six autres témoins, assister à la présentation, à la déclaration et à tout l'ensemble de l'opération.

Dans une espèce soumise à la cour de Bordeaux, il avait paru douteux, d'après la rédaction de l'acte de suscription, que le septième témoin eut assisté au commencement des opé-

ration. Voici comment le notaire avait dressé l'acte de suscription :

« Aujourd'hui....., par-devant nous, notaire
« soussigné, présents les témoins bas nommés
« et aussi soussignés, a comparu M. Salèles....,
« lequel a présenté audit notaire et auxdits té-
« moins le présent papier ainsi clos et scellé,
« qu'il a dit contenir son testament, qu'il a fait
« écrire par une personne de confiance, qu'il a
« lu, mais qu'il n'a pas signé, n'ayant pu le faire
« à raison de l'extrême faiblesse de sa main.....
« Mais lesdits témoins ont signé avec le no-
« taire. » — « Fait en outre les mêmes jour,
« mois et an que dessus, en présence du sieur
« Antoine Leyx, témoin expressément appelé à
« raison de l'impuissance de signer qu'éprouve
« le sieur Salèles..... lequel Leyx a signé avec
« le notaire soussigné et les autres témoins plus
« haut dénommés, le tout après lecture faite. »

On prétendit que cet acte de suscription était irrégulier, en ce qu'il résultait de son contexte que le septième témoin n'avait pas assisté aux présentations et déclarations faites par le testateur, contrairement à la disposition expresse de l'art. 977. Par arrêt du 20 novembre 1835, la cour de Bordeaux [4], sans contester, qu'en effet, la présence du septième témoin ne fut requise pour l'ensemble de l'opération, s'appliqua à démontrer qu'il résultait du contexte de l'acte que la présence des sept témoins avait été simultanée. En effet, dans la première partie de l'acte de suscription, il était dit que le testateur avait présenté le papier clos et scellé au notaire et aux témoins bas nommés. Quant à la deuxième partie

[1] Cassat., rejet de Bordeaux, 3 janvier 1838 (Devill., 38, 1, 244).

[2] Fargole, cb. 2, sect. 3, n° 29 (édit. de 1775).

[3] Coin-Delisle, n° 6, sur l'art. 977.

[4] Bordeaux, 20 nov. 1835, rapporté avec l'arrêt de la cour de cassat. (Deville., 38, 1, 244).

de l'acte, ses termes indiquaient une corrélation nécessaire avec la première, de telle sorte que les deux parties de la suscription s'enchaînaient et ne formaient qu'un seul et même contexte.

Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par la chambre des requêtes de la cour de cassation [1].

ARTICLE 978.

Ceux qui ne savent ou ne peuvent lire ne pourront faire de disposition dans la forme du testament mystique.

SOMMAIRE.

1659. Pourquoi ceux qui ne savent pas lire ne peuvent tester en la forme mystique?

1660. *Quid* des aveugles?

1661. Peu importe que le testateur sache lire l'imprimé, s'il ne sait pas lire l'écriture.

1662. A qui incombe la preuve que le testateur ne pouvait ou ne savait lire?

1663. Il n'est pas nécessaire que le testament mystique, écrit par un tiers, mentionne qu'il a été lu par le testateur.

COMMENTAIRE.

1659. Voici les motifs de cette disposition empruntée à l'art. 11 de l'ordonnance de 1733. Celui qui sait et peut lire peut, en dictant ses dispositions, veiller à ce qu'elles soient fidèlement écrites. Au contraire, celui qui n'a pas cette faculté ne peut user de cette surveillance et de cette vérification, et dès lors la loi n'aurait aucune garantie que le papier qu'il présenterait comme contenant ses dernières volontés les contient en effet [2].

1660. On a conclu de là qu'un aveugle qui a su lire, mais que la cécité empêche de lire au moment où il veut rédiger ses dernières volontés, ne peut tester par testament mystique [3]. La loi romaine [4] interdisait aux aveugles de naissance ou à ceux qui l'étaient devenus par maladie ou accident (*carentes oculis seu morbo, seu ita nati*) de faire leur testament dans une forme autre que la forme orale. On a vu que l'ordonnance de 1733 contenait la même disposition.

En supposant même que le testament que l'aveugle veut faire revêtir de la forme mystique ait été écrit par lui en entier [5], soit qu'il l'ait écrit à une époque où il n'était pas encore atteint de cécité, soit même qu'il l'ait écrit en état de cécité (ce qui peut se faire, ainsi que nous l'avons fait observer plus haut) [6], ce testament ne pourrait valoir, d'après les termes précis de

notre article, comme testament mystique, parce qu'il peut n'être pas certain que l'aveugle ne s'est pas trompé dans le choix du papier présenté à la suscription. D'un autre côté, il peut avoir écrit plusieurs testaments, et comme il ne saurait vérifier par lui-même l'identité du papier présenté au notaire et aux témoins, il serait exposé à des erreurs et à des surprises contre lesquelles son état de cécité ne lui permet pas de se mettre en garde.

Cependant, bâtons-nous de dire que son testament, étant nul comme mystique et solennel, pourrait valoir comme olographe, s'il était écrit, signé et daté de sa main. On se rappelle ce que nous avons dit ci-dessus de la capacité de l'aveugle pour tester par la forme olographe [7].

1661. Si le testateur savait lire l'imprimé, sans savoir lire l'écriture de main, comme beaucoup de gens illettrés qui se trouvent dans ce cas, il ne pourrait tester en la forme mystique. C'est seulement de l'écriture de main que le législateur a entendu parler ici.

1662. Mais quelle est celle des parties qui doit prouver que le testateur ne pouvait ou ne savait lire? Furgole examine cette question [8] et la résout avec Catellan [9] par les distinctions suivantes :

« Si le testateur avait su lire autrefois et qu'il ne le pût pas lors de la disposition, c'est à

[1] Cassat., 3 janvier 1838 (Devil., 38, 1, 244).

[2] Grenier, n° 258.

[3] Bonneau-Lacombe sur l'art. 9 de l'ordonnance. Ricard, part. 1, n° 1474.

[4] Insult., § 4, *Quibus non est permittit*, combiné avec la loi 8 au Code, *Qui test. facere possunt*.

[5] Furgole, ch. 2, sect. 3, n° 29 in *Auc.* Catellan, l. 2, ch. 12.

[6] N° 540.

[7] N° 540.

[8] Furgole, loc. cit.

[9] Catellan, loc. cit.

« celui qui fonde la nullité sur le défaut de
 « pouvoir lire, à prouver le fait, à moins que
 « l'acte ne le justifiait, parce que l'aveuglement
 « ou l'affaiblissement de la vue est un événe-
 « ment contraire à l'état naturel [1]... »

« Que si la nullité est opposée de ce que le tes-
 « tateur ne savait pas lire, ou bien le testament
 « ou l'acte de suscription justifie que le testa-
 « teur savait lire, comme s'il est dit qu'il a lu
 « sa disposition, ou s'il y a une présomption,
 « comme si le testateur a signé, ce qui peut
 « faire présumer qu'il savait lire, celui qui at-
 « taque le testament doit être chargé de la
 « preuve...; que s'il n'y a aucune présomption
 « que le testateur sût lire, l'héritier qui soutient
 « le testament doit être chargé de prouver le
 « fait affirmatif, parce que *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* [2]. »

1663. Il résulte de notre article que le tes-

tateur qui fait écrire son testament par une main étrangère, doit le lire pour s'assurer de l'exactitude de sa dictée. Car, pourquoi la loi exige-t-elle que le testateur sache lire, si ce n'est pour faire lui-même cette vérification ? Mais aucun texte n'exige que l'écriture intérieure contienne la mention que la précaution dont il s'agit ici a été prise. La loi s'en rapporte à l'intérêt du testateur. Elle suppose que la prudence lui aura fait faire ce que son intérêt lui conseillait. Cependant, s'il était prouvé par le testament même que le testateur ne l'a pas lu, par exemple, parce que son état ne lui permettait pas de pouvoir lire, il ne faudrait pas chercher d'autre moyen de nullité, le testament serait nul par cela seul que le testateur ne pouvait pas lire [3]. Telle est la conséquence précise des termes de notre article.

ARTICLE 979.

En cas que le testateur ne puisse parler, mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un testament mystique, à la charge que le testament sera entièrement écrit, daté et signé de sa main, qu'il le présentera au notaire et aux témoins, et qu'au haut de l'acte de suscription, il écrira, en leur présence, que le papier qu'il présente est son testament : après quoi le notaire écrira l'acte de suscription, dans lequel il sera fait mention que le testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des témoins; et sera, au surplus, observé tout ce qui est prescrit par l'article 976.

SOMMAIRE.

1664. La nuncupation n'étant pas de l'essence du testament mystique, le muet sachant écrire pourra tester en cette forme.

1665. Formalités auxquelles, dans ce cas, le muet est assujéti.

1666. Suite.

1667. Suite.

1668. Si l'impossibilité de parler n'a été qu'accidentelle, et que le testateur ait recouvré la parole quand il s'agit de dresser l'acte de suscription, la déclaration écrite n'est plus nécessaire.

COMMENTAIRE.

1664. Cet article est la copie textuelle de l'art. 12 de l'ordonnance de 1733; il trace les formalités du testament mystique, alors que c'est une personne ne pouvant parler, mais sachant écrire, qui choisit cette manière de tester.

On n'a pas voulu que le muet (celui surtout que notre article a en vue), ne sachant pas

écrire, pût tester par la voie du testament nuncupatif écrit; car il faudrait admettre qu'il fût connaître par signes ses dernières volontés, ce qui est contraire aux lois testamentaires qui, par une rigueur peut-être excessive, veulent que rien ne puisse remplacer la dictée, qui est une forme substantielle du testament par acte

[1] Cassat., chambre des req., 22 juin 1852 (Devill., 52, 1, 699).

[2] Paul, t. 2, D., *De probat.*

[3] Cassat., rej., chambre des req., 6 messidor an XII (Journal du Palais, t. II, p. 39, Devill., 1, 987).

public [1]. Mais lorsque le muet sait écrire, il peut tester *manu holographé* [2]; il peut aussi tester par la voie mystique; car la nuncupation n'est pas de l'essence du testament mystique, l'écriture y joue un plus grand rôle que la parole.

1665. Voici donc comment le sourd-muet, ou toute autre personne ne pouvant pas parler, mais sachant écrire, devra procéder. Il commencera par faire un testament olographe, puis, que l'acte intérieur, qu'il lui est permis de faire revêtir de la forme mystique, doit être écrit, daté et signé de sa main.

Remarquez que notre article impose ici au testateur une forme plus stricte qu'au testateur placé dans le droit commun. Ce dernier est dispensé de signer l'acte intérieur, pourvu qu'il soit suppléé à cette omission par l'appel d'un septième témoin dans l'acte de suscription (article 977, Code Napoléon). Mais l'individu frappé de mutisme ne peut se dispenser de signer l'écriture privée qui contient ses dernières dispositions.

1666. Il y a plus : et bien que la date du testament mystique ne soit pas exigée en général, ainsi que nous l'avons vu [3], cependant l'article 979 prescrit au sourd-muet de dater l'écrit intérieur. Ceci tient à ce que les rédacteurs du Code ont reproduit la disposition de l'art. 12 de l'ordonnance de 1735, qui exigeait la date et de l'acte de suscription et de l'écrit intérieur, et qu'ils ont oublié qu'ils avaient mis de côté la disposition de l'art. 58 de cette ordonnance, qui faisait de la nécessité de la date une règle générale.

1667. Quand l'acte intérieur est ainsi rédigé, le sourd-muet qui veut lui donner plus de solennité en y ajoutant la forme mystique, doit le présenter au notaire et aux témoins, et, à peine de nullité, écrire au haut de l'acte de suscription, en leur présence, que le papier qu'il présente est son testament; après quoi le notaire dressera l'acte de suscription, conformément à l'article 976; seulement, il devra de plus faire mention, à peine de nullité, que le testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des témoins.

1668. Mais ici se présente un point délicat et qui a fait de sérieuses difficultés. L'impossibilité de parler peut n'être qu'accidentelle; elle peut être occasionnée par une paralysie passagère de la langue. Supposez que le testateur n'ait pu parler au moment où il a fait écrire par

un autre ses dernières dispositions, mais qu'il ait recouvré la parole au moment solennel où il faut paraître devant le notaire, et qu'il lui ait déclaré oralement que l'écrit présenté est son testament. Le testament non écrit de sa main sera-t-il valable?

Voici une espèce curieuse où cette question s'est présentée devant la cour d'Orléans.

À la mort d'un sieur abbé Saget, on trouva un testament mystique dont l'acte de suscription, en date du 18 juillet, indiquait que sous l'enveloppe était renfermé, suivant la déclaration de l'abbé Saget, son testament écrit par un tiers et signé par lui à la date du même jour 18 juillet.

Les héritiers attaquèrent ce testament : Si l'art. 976, dirent-ils, permet à celui qui veut tester dans la forme mystique de faire écrire ses dispositions par un tiers, l'art. 979 ajoute que s'il est privé de l'usage de la parole, il est tenu de la écrire lui-même. Or, l'abbé Saget avait, au moment de la rédaction de son testament, complètement perdu la parole par suite d'une paralysie de la langue, et ainsi il n'avait pu le dicter au tiers qui l'avait rédigé pour lui. En conséquence, les héritiers demandaient à faire preuve de ce fait, sans avoir besoin même de s'inscrire en faux. Quant à cette circonstance que l'acte de suscription avait été reçu le même jour et avait constaté la déclaration faite oralement par le testateur, que l'acte présenté était bien son testament, elle devait être sans valeur, attendu, selon eux, qu'il avait dû s'écouler forcément un intervalle de temps entre la rédaction du premier et celle du second.

Un jugement du tribunal de Tours, du 9 juillet 1846, autorisa les héritiers à faire la preuve des faits articulés, par le double motif que le testament et l'acte de suscription sont deux actes entièrement distincts, et que si celui-ci fait foi jusqu'à inscription de faux, l'autre ne jouit pas de la même prérogative.

Mais sur l'appel, la cour d'Orléans [4] déclara inadmissible et irrelevante la preuve proposée. Les principaux motifs de son arrêt sont : qu'aucun texte ne porte que, pour disposer dans la forme de l'art. 976, le testateur doit savoir ou pouvoir parler au moment de la confection de l'acte de dernière volonté; que la loi s'occupe peu de rechercher si c'est par la dictée ou de toute autre manière que le testateur a obtenu du tiers qui a écrit une rédaction éclairée; et que d'ailleurs le testateur est à même d'apprécier lui-

[1] *Suprà*, n° 1449. *Junge* nos 539, 1137, 1138, sur les *Donat. entre-vifs*.

[2] *Suprà*, n° 1449 *in fine*. *Junge* Colmar, 17 janvier 1815 (Devill., 5, 2, 9). Bordeaux, 16 août 1836 (Devill.,

57, 2, 468). Rouen, 26 mai 1851 (Devill., 51, 2, 716).

[3] Nos 1623, 1650.

[4] Orléans, 17 juillet 1847 (*Journal du Palais*, 1847, 2, 490).

même par la complète conformité de la rédaction avec sa volonté; que dès lors, quand l'article 979 permet, au cas où le testateur ne peut parler, de remplacer la déclaration orale par une déclaration écrite, cela doit nécessairement et uniquement s'entendre de l'impossibilité de parler au moment où cette déclaration orale devrait intervenir.

Nous ajouterons à ces motifs que, jusqu'à l'acte de suscription devant le notaire, le testament n'est qu'à l'état de simple projet. Ce qui le rend définitif, c'est la déclaration du testateur qui lui imprime le caractère de disposition de dernière volonté. C'est donc à ce moment seulement que l'on doit envisager l'état du testateur [1].

ARTICLE 980.

Les témoins appelés pour être présents aux testaments devront être mâles, majeurs, sujets du roi, jouissant des droits civils.

SOMMAIRE.

1669. Disposition commune aux testaments nuncupatifs écrits et aux testaments mystiques. — C'est au testateur de choisir ses témoins.
 1670. Il ne faudrait pourtant pas conclure de cette dernière proposition, que le notaire ne sera jamais responsable de l'incapacité des témoins.
 1671. Les témoins doivent être présents à l'ensemble de tout ce qui constitue le testament.
 1672. Les témoins doivent être mâles.
 1673. Ils doivent être majeurs.
 1674. Et, en outre, sujets de l'empereur. — Sens des expressions *républicain, requiré et sujet*.
 1675. Des mots *citoyen français*, employés dans la loi de ventôse.
 1676. Les témoins doivent jouir des droits civils. — Des peines qui empêchent les condamnés de pouvoir être témoins.
 1677. De l'incapacité, dans l'ancien droit, des moines,

- des chevaliers profès de Malte et des novices.
 1678. De l'incapacité des interdits pour cause de fureur et d'imbécillité. — De l'incapacité des sourds et des aveugles.
 1679. Quel à l'égard des muets?
 1680. Les témoins doivent être connus.
 1681. Est-il nécessaire ici que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est reçu?
 1682. Dans les campagnes, il suffit que la moitié des témoins testamentaires sachent signer.
 1683. De l'incapacité relative des témoins. — Renvoi.
 1684. De l'époque à laquelle on doit considérer la capacité des témoins.
 1685. Le témoin est toujours présumé légal.
 1686. De la capacité putative dans les témoins.
 1687. Suite.
 1688. Suite.

COMMENTAIRE.

1669. Cet article s'applique aux testaments nuncupatifs écrits comme aux testaments mystiques. C'est par lui que se termine l'exposé des formalités requises dans ces deux manières de tester.

On remarquera que notre article se sert de ces expressions « pour être présents aux testaments, » et qu'il ne dit point « pour assister le notaire, » comme l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an xi. C'est qu'on a pu vouloir donner le choix des témoins au testateur [2]. Ainsi Bigot de Préameneu [3] fait-il observer, dans la discussion du conseil d'État, que « c'est le testateur lui-même qui choisit les témoins. » Ce qui a été probablement introduit afin que des hommes inconnus au testateur, et n'ayant pas

sa confiance, ne fussent pas initiés au secret de ses dernières volontés.

1670. De cette circonstance, à savoir que les témoins sont appelés par le testateur, on a quelquefois conclu qu'il ne saurait y avoir de responsabilité de la part du notaire en cas d'incapacité de l'un des témoins, par ce motif que la réquisition de la présence des témoins n'était pas le fait de l'officier ministériel [4].

Mais cette conclusion est fautive, si on veut lui donner un caractère général et absolu. Souvent, en effet, il y a une grande imprudence, de la part du notaire, à ne prendre aucune précaution pour s'assurer de la capacité des témoins. La jurisprudence tend même à se montrer sévère envers lui, parce qu'il est presque toujours

[1] Voy. cette théorie développée dans un réquisitoire de Daniels, rapporté dans le *Répert.* de Merlin, *vo Testament*, sect. 2, § 3, art. 3, n° 10.

[2] Grenier, n° 247.

[3] Voy. Locat, t. XI, p. 254 in fine.

[4] Trèves, 18 novembre 1812 (Devill., 4, 2, 198).

le conseil naturel des parties. Ainsi, la cour de Douai [1] a jugé que le notaire n'était irresponsable de l'incapacité des témoins que dans le cas où il serait évident qu'il n'aurait aucune négligence à se reprocher. Un arrêt de la cour de cassation, du 15 juillet 1835 [2], a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'Orléans, du 1^{er} août 1835, qui avait déclaré responsable de la nullité d'un testament un notaire, pour ne s'être pas assuré de la capacité de l'un des témoins.

On peut citer aussi deux arrêts de Lyon rendus dans le même sens : l'un du 16 juillet 1846 [3] ; l'autre du 3 janvier 1842 [4]. Dans l'espèce jugée par ce dernier arrêt, la testatrice était une femme très-âgée, mourante, et qui, par la force des choses, s'en rapportait à l'expérience du notaire pour assurer la validité des dispositions qu'elle lui confiait.

1671. Du reste, ces expressions « appelés pour être présents », « que nous venons d'opposer aux expressions employées par la loi de vente », ont encore une autre énergie qu'il faut remarquer ; elles signifient que les témoins doivent être présents à tout ce qui constitue la confection du testament et à toutes les formalités qui ne peuvent être remplies sans le ministère d'un homme public.

1672. La première condition requise pour pouvoir être témoin d'un testament, c'est d'être mâle.

Les femmes ne peuvent servir de témoins ; leur incapacité remonte, à cet égard, au droit romain, qui les excluait positivement [5]. Doneau en donne cette raison : « *Nimirum ut pro inexperientia sexus non satis intelligens eas fraudes quæ in testamentis subornandis à peritis architectis eorum rerum strui solent* » [6]. »

D'autres interprètes prétendent que la raison de l'exclusion des femmes, c'est qu'il importe que les dernières volontés ne soient pas révélées et que les femmes ne savent pas garder un secret. Ce sont là des raisons peu sérieuses et peu dignes ; elles rentrent, du reste, dans cet esprit de dénigrement dont les anciens jurisconsultes sont animés à l'égard des femmes, qu'ils prennent soin de maltraiter en toute occasion. Le véritable motif, c'est que les femmes, soit à Rome, soit en France, n'ont jamais participé à

la puissance publique, dont les témoins instrumentaires sont un élément [7].

1673. La deuxième condition exigée des témoins, c'est qu'ils soient majeurs, c'est-à-dire qu'ils aient atteint vingt et un ans accomplis.

Il existait, autrefois, une différence sur ce point entre les pays régis par le droit romain et les pays régis par le droit coutumier. Dans le droit romain [8], il suffisait d'être pubère. En pays de coutume [9], il fallait avoir vingt ans accomplis.

Voici la raison que d'Aguesseau donnait de cette différence [10] : « A l'âge de quatorze ans, à Rome, les hommes étaient capables de tester, de passer toutes sortes de contrats par eux-mêmes et par conséquent d'être témoins, soit des engagements, soit des dernières dispositions des autres hommes. Parmi nous, au contraire, l'âge de disposer de ses biens par testament est beaucoup plus reculé ; et parce que les fonctions des témoins approchent de celles des notaires et qu'ils partagent avec eux la confiance de la loi, on ne se contente pas qu'ils aient atteint l'âge de puberté, on désire qu'ils aient le même âge que pour faire un testament. La capacité du témoin doit suivre et imiter celle du testateur. »

On voit que le Code ne s'est pas arrêté à ces idées. Car, bien qu'on puisse tester à l'âge de seize ans, il faut avoir vingt et un ans révolus pour être témoin dans un acte public.

1674. Une troisième condition est d'être sujet de l'empereur.

La loi *Hæc consuetudinem* [11] exigeait que les témoins instrumentaires employés dans les testaments fussent citoyens romains, et l'art. 40 de l'ordonnance de 1735, qui n'en était que la répétition, voulut qu'ils fussent regnicoles.

Lors de la rédaction du Code, sous la république, on avait substitué à l'expression de « regnécicole » celle de « républicole ». Mais ce mot fut, en 1807, sous l'empire, remplacé par le mot « sujet de l'empereur ». Républicole, regnécicole et sujet de l'empereur, doivent donc être regardés comme trois mots synonymes. La conséquence à en tirer, c'est que les témoins doivent être Français. Cependant, on en a tiré une tout opposée [12]. On s'est appuyé sur la signification restreinte que l'étymologie des mots regnécicole et républicole paraît présenter. On ne

[1] Douai, 12 juillet 1838 (Devill., 39, 2, 256).

[2] Devill., 35, 4, 838.

[3] Journal de Lyon, p. 11 (1846).

[4] Journal du Palais, 1842, I, 397.

[5] Ulpien, l. 20, § 6, D., Qui test. forent poss.

[6] Doneau, De jure civili, l. 6, c. 7, n° 14.

[7] Dans la distribution des citoyens romains en classes, les femmes n'étaient pas comprises, et, par con-

séquent, elles ne pouvaient représenter une classe. — Vuy, les annotations d'Billigier sur Doneau, loc. cit.

[8] L. *Hæc consuetudinem*, C., De testam.

[9] Art. 39 de l'ord. de 1735.

[10] D'Aguesseau, plaidoyer du 15 mars 1698.

[11] Loi précitée, 21, C., De testam.

[12] Delvincourt, t. II, note 3, sur la p. 86. Vazeille, note 11, sur l'art. 980.

pouvait mettre, a-t-on dit, « impérial » (mot qui n'est pas français); on s'est trouvé alors forcé de mettre « sujet de l'empereur; » mais on a nécessairement conservé à ce mot le sens de *regnicole*, c'est-à-dire habitant du royaume.

Pour confirmer que les expressions « sujet de l'empereur » ne peuvent avoir ici que cette signification, on les a opposées aux mots employés par la loi de ventôse : « Le notaire devra être assisté, dit l'art. 9 de cette loi, de deux témoins citoyens français. »

Donc, un individu qui ne serait point Français, mais qui serait mâle, majeur et qui jouirait des droits civils en France, un étranger, par exemple, admis, par autorisation de l'empereur, à établir son domicile en France, serait capable d'être témoin d'un testament.

Conformément à ce système, la cour de Turin, par arrêt du 18 avril 1809 [1], déclara valable l'acte de suscription d'un testament mystique fait à Turin, quoiqu'un des témoins de cet acte, demeurant depuis vingt ans à Turin et jouissant des droits civils, fut né dans une ville dépendante du royaume d'Italie.

Il est vrai de dire, qu'entre autres motifs, la cour de Turin se fondait sur ce que, dans la traduction italienne du Code Napoléon approuvée par décret impérial du 16 janvier 1806, le mot « *regnicole* » avait été traduit par les mots *dimoranti nel regno*.

Cet arrêt, du reste, est le seul rendu en ce sens, et la question a été résolue depuis longtemps en sens contraire par la jurisprudence [2].

Et c'est avec raison : car, d'abord, le mot *regnicole*, dans notre ancienne jurisprudence, a toujours été opposé à celui d'*aubain* (*alibi natus*), et a signifié, de tout temps, sujet d'un royaume. Domat [3] définissait ainsi les *regnicoles* : « Nous appelons *regnicoles* les sujets du roi, et les étrangers sont ceux qui sont « sujets d'un autre Etat. » Du reste, ce qui confirme encore que le mot *regnicole* est bien certainement synonyme de Français, et par conséquent exclusif des étrangers, c'est que l'article 40 de l'ordonnance de 1753, après avoir employé le mot *regnicole*, ajoute : « à l'exception du testament militaire dans lequel les « étrangers non notés d'infamie pourront servir « de témoins. »

1675. Quant à l'objection fondée sur ce que la loi de ventôse avait repoussé l'expression de

regnicole pour employer les mots « citoyens français, » il pourra peut-être en résulter une différence entre le sens de ces deux mots; mais le mot *regnicole* ne devra pas pour cela simplement signifier habitant du royaume, et rien de plus.

Il faut se reporter, pour se rendre compte de cette différence, à l'époque où la loi de ventôse et le Code furent promulgués.

A cette époque, il y avait une forte nuance entre la qualité de Français et la qualité de citoyen français. La qualité de Français donnait la jouissance des droits civils [4]. Mais d'après l'article 7 du Code Napoléon, l'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, qualité qui emporte avec elle l'exercice des droits politiques. Pour avoir la qualité de citoyen, il fallait, outre la qualité de Français, être âgé de vingt et un ans, se faire inscrire sur le registre civique de son arrondissement, et avoir demeuré depuis un an sur le territoire français. Les droits propres au citoyen français étaient : 1° de faire partie des assemblées politiques de son canton, d'y concourir par son suffrage au choix des membres du conseil municipal, des candidats pour les places de juge de paix et suppléants, et des membres des conseils électoraux d'arrondissement et de département; 2° de pouvoir être promu aux différents emplois.

On demandera pourquoi la loi de ventôse voulait que les actes entre-vifs et les contrats fussent passés en présence de citoyens français, tandis que le Code Napoléon se contente pour les testaments de témoins français. On a dit que c'était par la raison qu'il y avait moins de témoins dans les contrats et que, par ce motif, on devait exiger plus de garantie dans leur personne. Mais on devrait dire aussi que si l'on requiert la présence de témoins plus nombreux dans les testaments, c'est qu'on veut avoir une preuve plus parfaite, une certitude plus entière de la volonté qui fait le fondement du testament. Le fait est que cette différence est capricieuse et qu'elle ne peut être soutenue par aucun bon motif.

Depuis longtemps, du reste, il n'y a plus de liste civique, et par conséquent le moyen de devenir ce qu'on appelait citoyen français n'existant plus, il s'ensuit que tout Français est citoyen français, et que si les lois anciennes mettaient une différence, sous le rapport de la

[1] *Journal du Palais*, 9, 501.

[2] Rennes, 11 août 1809 (Devill., 3, 2, 123). Rejet du pourvoi contre cet arrêt par la chambre des req. de la cour de cass., le 25 janvier 1811 (Devill., 3, 1, 283). Colmar, 13 février 1818 (Devill., 3, 2, 363). Toulouse, 10 mai 1826; et cass., ch. des req., 25 avril 1828

(Devill., 9, 1, 85; *Journal du Palais*, 21, 1396). Jange Merlin, *Reperch.*, v° *Témoin iust.*, § 2, n° 3. Toullier, t. V, n° 593. Grenier, n° 217 bis, et les notes de Bayle-Mouillard. Duranton, t. IX, n° 103, etc.

[3] Domat, *Liv. prélim.*, t. II, sect. 2, n° 11.

[4] Art. 8 du C. Nap.

qualité des témoins, entre les testaments et les contrats, cette différence est effacée par l'impossibilité d'exécution [1].

1676. Le témoin instrumentaire doit jouir des droits civils.

Il n'existe plus aujourd'hui de peines qui emportent la perte de la vie civile : on sait que la loi du 10 juillet 1834, en abolissant la mort civile, a abrogé par cela même les incapacités prononcées par l'art. 23 du Code Napoléon.

Mais certaines peines subsistent toujours, qui privent le condamné de la faculté de pouvoir être témoin dans les actes.

Les art. 28 et 42 du Code pénal indiquent dans quels cas cette incapacité est encourue :

Pour les condamnés à une peine afflictive et infamante, la privation du droit d'être témoin est la conséquence de leur peine. Pour les condamnés à une peine correctionnelle, ils n'en sont privés qu'autant que le jugement a prononcé contre eux cette aggravation de peine.

1677. En France, où il était reconnu pour constant que les moines étaient morts civilement, ils ne pouvaient pas plus servir de témoins dans les actes qu'ils ne pouvaient tester. Cette incapacité s'étendait jusqu'aux chevaliers profès de l'ordre de Malte, et l'ordonnance de 1733 avait été jusqu'à y comprendre les novices [2].

Mais ces principes étaient particuliers à la France, ou du moins ils n'étaient pas généralement admis ; et en Italie, par exemple, d'après la loi canonique, les moines n'étaient nullement considérés comme privés du droit de cité [3]. Dès lors, rien n'empêchait qu'ils ne fussent témoins dans les testaments et autres actes, et j'ai vu la cour de Corse confirmer, par ces motifs, un testament reçu par un notaire en présence de sept témoins moines ou religieux profès attachés à un couvent. Je crois cet arrêt conforme aux lois qui régissaient la Corse à l'époque de la confection du testament, c'est-à-dire au droit romain mélangé du droit italien [4].

Les moines qui existent aujourd'hui en France ne sont frappés d'aucune incapacité par le droit moderne.

1678. Il y a d'autres incapacités sur lesquelles le Code garde le silence, et qui sont, néanmoins, importantes à faire connaître.

On sent aisément la raison qui doit faire prononcer l'exclusion des interdits pour cause de fureur et d'imbécillité, à moins qu'ils ne soient dans un intervalle lucide. Ils sont privés du degré de perception qui seul peut rendre apte aux fonctions de témoins. La loi romaine [5] le décide ainsi : « ... *Ne furiosus quidem testis adhiberi potest, cum compos mentis non sit* : « *sed si habet intermissionem eo tempore adhiberi potest.* »

De même tous ceux conformés de manière à ne pouvoir s'assurer de ce que fait le testateur, ne peuvent servir de témoins : tels sont les sourds et les aveugles [6].

1679. Le droit romain [7] excluait le muet de la faculté d'être témoin ; mais cette prohibition n'est plus admissible aujourd'hui. En effet, pourquoi, d'après le droit romain, ne pouvaient-ils pas être témoins dans les testaments ? Parce que les témoins devaient promettre au testateur de rendre témoignage de ses dispositions (re-promittere testimonium), ou, comme le dit Doneau [8] : « *Quia quod perceperint et recte intellexerint, eloqui et testari non possunt, ut mutus.* » Mais comme cet usage n'a pas lieu en France, il s'ensuit que c'était par abus que notre ancienne jurisprudence n'admettait pas les muets à être témoins, et que leur exclusion ne peut plus avoir lieu sous le Code [9].

Plusieurs auteurs exigent [10], dans ce cas, que le témoin muet appelé au testament sache écrire. Le motif qu'ils en donnent, c'est que ne pouvant exprimer sa pensée que par des signes équivoques, il ne serait pas en état de rendre un témoignage certain de ce qu'il aurait vu et entendu : si, par la suite, il était appelé à déposer sur les faits qui ont accompagné la confection du testament.

Cette condition est arbitraire ; elle n'est prescrite par aucune loi, ni commandée par aucune raison d'impossibilité morale ou physique.

En droit romain, où la répromission devait toujours avoir lieu, on comprend l'exclusion du

[1] Voy., sur la question de savoir si le failli peut être témoin dans un acte notarié, un arrêt de rejet de la cour de cassat., du 10 juin 1824 (Devill., 7, 1, 475).

[2] Art. 41 de l'ord. de 1733, Fargol., ch. 3, sect. 2, n° 19 in fine.

[3] C., *De successione eccles.* In anthem., *De Monachis* : *Ingressi monasteria, ipsi ingressu se suaque dedicant Deo : nec ergo de his testantur, utpote nec domini verum.*

[4] Voy. Ulliger sur Doneau, l. 6, c. 7, n° 12, nov. 8 : « ... *An si monachi qui servio aequiparantur? Hoc non arceri.* » (Clarus, § Testam., quest. 33, n° 7.)

[5] Ulpian, l. 20, § 4, D., *Qui test. facere poss.* Paul., *Pand.*, l. 11, p. 176, n° 28.

[6] Institt., § 6, *De test. ordin.* Doneau, *Comm.*, l. 6, c. 7, n° 7 : « ... *Quia sensu percipere non possunt quod sit, dicere : non audire ut surdus, non videre ut cecus.* »

[7] Institt., loc. cit., § 6.

[8] Doneau, loc. cit., n° 9.

[9] Merlin, *Répert.*, v° Témoin instrum., § 2, n° 4 in fine.

[10] Toullier, t. V, n° 592, Duranton, t. IX, n° 184. Coin-Delisle, n° 23, sur l'art. 980.

muet comme témoin; chez nous, cette exclusion ne se comprend plus et l'hypothèse d'une inscription de faux est trop secondaire et trop éloignée pour l'expliquer.

Ce que la loi demande aux témoins des testaments, c'est de contrôler, par leur présence aux actes, les déclarations reçues et consignées par le notaire. Or, ce contrôle et cette garantie existent, lorsque le témoin a pu juger, avec plénitude de raison et de connaissance, de tout ce qui s'est fait devant lui et qu'il l'approuve, soit par sa signature, soit en laissant le notaire attester, sans contradiction de sa part, qu'il aurait signé s'il avait pu ou su signer.

Quant aux témoins qui n'entendent pas la langue du testateur, on peut, en quelque sorte, les comparer aux sourds. Du reste, nous nous sommes déjà exprimé à leur égard [1].

Toutes ces exclusions, quoique n'étant prononcées par aucune loi, sont néanmoins dictées par la raison. Car le but de la loi, en appelant les témoins aux testaments, est de prévenir les surprises et de garantir l'accomplissement des formalités. Il faut donc, pour atteindre ce résultat, que les témoins voient le testateur, qu'ils entendent ce qu'il dit, qu'ils le comprennent et qu'ils puissent certifier que tout ce que l'acte énonce avoir été fait en leur présence, l'a été réellement. Il faut, par conséquent, qu'ils ne soient ni aveugles, ni sourds, et qu'ils jouissent de leur raison.

1680. Les témoins doivent être connus. Car, comment saurait-on si un témoin est capable ou incapable? De là vient que la loi de ventôse an xi (art. 12) veut que tous les actes reçus par les notaires énoncent les noms des témoins instrumentaires et leur demeure.

1681. Nous avons vu plus haut [2] que le Code Napoléon est la loi unique et complète qui régit la forme des testaments, et que le législateur a pris soin de définir la capacité spéciale des témoins testamentaires dans les art. 975 et 980. Ainsi, il suffira qu'un témoin testamentaire réunisse les conditions exigées par ce dernier article, et ne soit pas dans l'un des cas d'incapacité prévus par l'art. 975.

Cependant, on a contesté ce point; on a voulu que le témoin réunit, en outre, les conditions prescrites par l'art. 9 de la loi de ventôse, et notamment qu'il fût domicilié dans l'arrondissement communal où l'acte a été passé.

Ce système, soutenu par Toullier [3], a été repoussé par un grand nombre d'arrêts [4]. La jurisprudence considère que de deux lois qui statuent sur le même objet, la deuxième doit prévaloir; que la loi du 25 ventôse an xi et le Code Napoléon se sont occupés du domicile des témoins testamentaires; que, si la première veut que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement communal du testateur, la deuxième, moins exigeante, mais non moins explicite, se contente d'un domicile dans les pays et terres de la domination de l'empereur.

Cette jurisprudence est conforme à ce que nous avons déjà dit de l'inapplicabilité de la loi de ventôse quant à la capacité des témoins testamentaires. Le Code ayant réglé spécialement cette capacité doit seul être appliqué [5].

1682. C'est par suite du même principe que nous disons que l'art. 14 de cette loi, qui exige que tous les témoins sachent signer, doit être sans effet dans le cas où il s'agit d'un testament public reçu dans une campagne [6]. Dans ce cas, la moitié seulement des témoins est tenue de signer. On peut donc, dans certains cas, être témoin sans savoir signer.

1683. Après les cas d'incapacité absolue des témoins, viennent les cas d'incapacité relative. Mais nous avons déjà examiné ces différents cas, et dit ce qu'il faut décider à l'égard des parents, alliés et serviteurs, soit des légataires, soit des testateurs et des notaires [7]. Nous renvoyons à ce que nous avons exposé à cet égard.

1684. L'époque à laquelle on doit considérer la capacité des témoins est celle de la confection du testament.

Le droit romain nous fournit, à cet égard, la règle suivante : « *Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarent, non mortis tempore. Si igitur tunc cum signarent, tales fuerint, ut adhiberi possint, nil nocet si quid postea eis contigerit* » [8]. »

[1] Nos 1325 et suiv.

[2] N° 1603.

[3] T. V, n° 367.

[4] Bruxelles, 13 février 1808 (Devill., 2, 2, 346). Limoges, 7 décembre 1809 (Devill., 3, 2, 136). Douai, 27 avril 1812 (Devill., 4, 2, 99). Paris, 18 avril 1814 (Devill., 4, 2, 384). Rouen, 16 novembre 1818 (Devill., 5, 2, 428). Bordeaux, 17 mai 1821 (Devill., 6, 2, 416). Orléans, 11 août 1825, et ess., rej., 19 août 1824 (Devill., 7, 1, 320). Bordeaux, 18 août 1825, et cassat., rej. (req.), 10 mai 1825 (Journal du Palais, 19, 484). Cassat. (cambree civ.), 4 janvier 1826 (Jour-

nal du Palais, 20, p. 11). Cassat., rej. (req.), 3 août 1841 (Devill., 41, 1, 863). Voy., contra, cassat. (cambree civ.), 1^{re} octobre 1810 (Devill., 3, 1, 237).

[5] Ass. Br., 5 juin 1816 (Jurisp. de Belg., 1816, 2, 256). Cass. de Belg., 19 fév. 1819 (1819, 1, 10). Id., 4 mars 1831.

[6] Nos 1395 et suiv.

[7] Nos 1399, 1600, 1601, 1602 et suiv., 1633 et suiv.

[8] Ulpien, l. 22, § 1, D., Qui test. facere possunt. Milliger sur Douai, l. 6, c. 7, n° 4. Nautica, l. 2, t. X, n° 11. Furgole, ch. 3, sect. 1, n° 3.

1685. Une deuxième règle sur la capacité des témoins, c'est que le témoin est toujours présumé idoine, et que, par conséquent, c'est à celui qui veut se faire un moyen de son incapacité à en administrer la preuve (1).

1686. Nous arrivons à une troisième règle fort importante. La capacité putative suffit dans un témoin. D'où il suit que si le témoin est généralement tenu pour capable, peu importe qu'il y ait eu en lui une incapacité inconnue (2); c'est ce qui résulte, non pas précisément de la fameuse loi *Barbarius Philippus* (3), qui ne peut être citée ici qu'à titre d'argument éloigné, mais de la loi 1 au Code, *De testament. ordinand.*, et du § 7 aux Institutes, *De test. ordin.*, qui décident précisément la question. « *Sed cum aliquis ex testibus, testamenti quidem faciendi tempore, liber existimabatur, postea autem serris apparuit, tunc dicitur Adrianus Catoni, quam postea dici Severus et Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sud liberalitate testamento: ut sic habeatur (firmiter). atque si, ut oportebat, factum esset; cum eo tempore quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, neque quinquam esset qui ei status questio nem moreret* (4). »

Ce texte est clair; mais les commentateurs en ont abusé pour lui donner une extension qu'il n'est nullement dans l'esprit du législateur.

Barbole voulait que celui qui excipait du défaut de qualité des témoins, au temps de la confection du testament, prouvât aussi que la commune opinion était qu'ils étaient incapables (5). C'était supposer qu'un témoin devait avoir été présumé capable par l'opinion publique. quoi que le fait de son incapacité fut prouvé. Mais cette erreur d'un grand jurisconsulte a été repoussée par la plupart des docteurs, Balde, Paul de Castro. Mantica (6). La raison en est que l'erreur ne se suppose pas: donc s'il est prouvé que le témoin n'est pas idoine, on doit supposer que l'opinion le considérait comme non idoine; c'est à celui qui soutient la validité du testament

qu'il appartient de prouver que les témoins avaient la capacité putative au moment du testament.

La capacité putative s'établit non-seulement par la croyance générale et la notoriété publique, mais encore par une série d'actes multipliés qui lui donnent de la consistance et forment comme une possession d'état (7).

1687. Remarquons, du reste, que les lois citées sont surtout applicables au cas où il s'agit d'une incapacité relative aux droits civils et politiques, comme si on avait pris pour témoin un Français mort civilement mais généralement tenu pour capable, ou un étranger passant dans la commune opinion pour Français (8). La raison en est que le notaire, qui n'a pas de doute sur la vérité de cette opinion, n'a pas de motifs de se livrer à des investigations qu'il n'est pas dans son ministère de provoquer d'office, si rien d'extérieur n'éveille son attention. Le bon sens veut qu'il considère comme capable celui qui passe pour capable aux yeux de tous.

1688. Que s'il s'agissait d'une incapacité tenant à l'âge, au sexe ou à la parenté, il faudrait être beaucoup plus difficile pour la couvrir par la commune erreur (9). Ici, le notaire peut mieux éclairer sa religion. Il y a d'ailleurs des apparences extérieures qui peuvent le frapper dans le cas de majorité putative, ou dans le cas de surprise sur le sexe.

Peu importerait que le témoin se fût dit majeur. Si une pareille déclaration pouvait être une excuse, elle deviendrait de style et servirait à éluder la loi (10).

Cependant, nous ne voudrions pas dire d'une manière absolue que l'erreur commune ne saurait, dans aucun cas, servir d'excuse pour couvrir la nullité résultant du défaut d'âge ou de la parenté. Il peut se présenter des circonstances exceptionnelles qui ont pu raisonnablement accréditer l'opinion que le témoin était majeur, et l'on ne voit pas pourquoi dans un tel cas on porterait le trouble dans les dernières dispositions du père de famille. C'est ce qui a déter-

[1] Merlin, *Repert.*, v° *Témoin instrum.*, l. XVII, p. 604.

[2] Furgole, *loc. cit.*, n° 7. Ricard, *part. 1*, n° 1557. Merlin, *Repert.*, v° *Témoin instrum.*, l. XVII, p. 619.

[3] Ulpian, l. 5, D., *De officio pretorum*.

[4] Insult, *loc. cit.* Jange Mantien, *De conj. ult. vol.*, l. 2, l. X, n° 1 et seq. : « ... Si communis opinio testes idonei remanebant, testamentum sustineretur. »

[5] Sur la loi *Ad testam.*, § *Cond.*, D., *Qui testam. fac. poss.*, n° 1 et 4.

[6] Mantica, *loc. cit.*, n° 4 et 5.

[7] Merlin, *Repert.*, v° *Témoin instrum.*, l. XVII, p. 621, in fine Cassat., 1^{er} juillet 1859 (*Journal du Palais*, 1859, 2, 289, Devill., 59, 1, 655).

[8] Limoges, 7 déc. 1809 (*Deville*, 3, 2, 56, *Journal*

du Palais, l. VII, p. 911). Grenoble, 14 août 1811 (*Dalloz*, J. G., l. V, p. 741). Cassat., rejet de Colmar (req.), 28 février 1821 (*Deville*, 6, 1, 389, *Journal du Palais*, l. XVI, p. 415). Metz, 28 mars 1822 (*Deville*, 7, 2, 50). Cassat., rej. (req.), 10 mars 1824 (*Dalloz*, J. G., l. V, p. 785). Cassat., rej. (req.), 4 août 1824 (*Deville*, 7, 1, 510). Cassat., rej. (req.), 18 janvier 1830 (*Deville*, 9, 1, 429, *Journal du Palais*, l. XXIII, p. 57). Cassat., rej. (req.), 28 juin 1831 (*Deville*, 32, 1, 174, *Journal du Palais*, l. XXII, p. 1751). Amiens, 20 juin 1838 (*Journal du Palais*, 1838, 2, 515).

[9] Toullier, l. V, n° 407.

[10] Arrêt de Turin, du 17 février 1806 (*Deville*, 2, 2, 117, *Journal du Palais*, l. V, p. 194).

miné la cour d'Aix [1] à maintenir un testament dans les circonstances suivantes :

Un testament avait été reçu en présence de témoins, par un notaire de l'arrondissement de Toulou. Au nombre des témoins de ce testament, figurait un sieur Recoux, alors âgé de vingt et un ans moins trente-trois jours, mais généralement considéré comme beaucoup plus âgé. Dans la circonstance dont il s'agit, Recoux avait déclaré ses qualités et sa filiation avec une entière bonne foi qui l'avait fait accepter pour majeur par les diverses parties intéressées, par le notaire, par les témoins et les autres personnes présentes, sans la moindre opposition et même sans le moindre doute. Du reste, étranger à la commune où il était établi depuis quelque temps comme cordonnier patenté, il avait été

appelé plusieurs fois déjà à assister, comme témoin instrumentaire, à une série d'actes publics, au nombre de vingt au moins, reçus par un autre notaire de la commune ; postérieurement à ce testament et avant sa majorité, il avait encore signé d'autres actes notariés au su et au vu d'une population nombreuse.

Le testament fut attaqué pour cause d'incapacité de ce témoin ; mais ces circonstances constituaient évidemment une notoriété publique bien constante ; elles étaient trop significatives pour qu'il fut possible de refuser à cette cause l'application du bénéfice de l'erreur commune. Aussi, l'on comprend que, dans cette espèce particulière, la cour d'Aix se soit décidée pour la validité du testament.

SECTION DEUXIÈME.

DES RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA FORME DE CERTAINS TESTAMENTS.

ARTICLE 981.

Les testaments des militaires et des individus employés dans les armées pourront, en quelque pays que ce soit, être reçus par un chef de bataillon ou d'escadron, ou par tout autre officier d'un grade supérieur, en présence de deux témoins, ou par deux commissaires des guerres, ou par un de ces commissaires en présence de deux témoins.

SOMMAIRE.

- 1689. Du testament militaire en droit romain.
- 1690. Du testament militaire dans l'ancien droit français.
- 1691. Jurisprudence des pays de droit écrit sur le testament militaire.
- 1692. Jurisprudence des pays coutumiers.
- 1693. Suite.
- 1694. Disposition de l'ordonnance de 1735 sur les testaments militaires.

- 1695. Formalités prescrites par l'art. 981.
- 1696. Ceux qui sont employés dans les armées jouissent de la faveur de tester militairement.
- 1697. Du même privilège accordé en droit romain, dans certaines circonstances, aux simples citoyens.
- 1698. L'ordonnance et le Code n'ont point reproduit, sur ce point, la disposition du droit romain.
- 1699. Affaire du testament du comte de Mercy-Argeu.

COMMENTAIRE.

1689. Dès avant la loi des Douze Tables [2], le droit romain avait introduit une forme de tester particulière aux soldats.

Le soldat, en effet, pouvait faire son testa-

ment *in procinctu*, ou, comme le disent les Institutes et Théophile, d'une manière assez bizarre [3], *testamentum procinctum* [4]. Au moment où le soldat était appelé à l'armée et

[1] Aix, 30 juillet 1838 (*Journal du Palais*, 1839, 1, 367).

[2] Plutarque, *Vie de Curiulan*, n° 11. Heineccius, *Antiq. rom.*, t. 2, l. X, XI, XII, §§ 1 et 3. Hugo, *Histoire du droit romain*, période 1, sect. 2, § 107.

[3] Heineccius, *loc. cit.*, § 1. Hugo, *loc. cit.*

[4] Instit., *De testam. ordin.* Théophile, *Paraphrase des Instit.*, *De testam. ordin.*

allait quitter Rome [1], ou même lorsque, placé sous les drapeaux, il marchait à une expédition ou prenait part à une bataille [2], il pouvait, revêtu de son habit de guerre [3], et en présence de trois ou quatre témoins, déclarer ses dernières volontés [4].

Cette manière de tester, appropriée à l'état de guerre, était environnée de solennités augurales et religieuses [5]. Elle était tombée en désuétude du temps de Cicéron [6], peut-être à cause de la négligence des patriotes à conserver dans les armées les rites sacrés [7].

Mais, durant les guerres civiles et du temps d'Auguste, on se détermina à rendre aux militaires les privilèges anciennement attachés aux testaments *in procinctu*. Car il était de l'intérêt des chefs de faction et des empereurs d'inviter au service par beaucoup de privilèges. Jules César fut le premier [8] à rétablir cette faveur, qu'un de nos grands publicistes appelle cajoilerie [9].

Il fut imité plus tard par Titus, Domitien, Nerva, et enfin par Trajan qui lui donna toute la latitude possible pour flatter son armée [10].

On admettait alors que le soldat pouvait tester militairement en toute occasion [11]. Mais plusieurs constitutions [12], notamment une constitution de Justinien, limitèrent ce privilège des soldats au temps des expéditions : « *Cum in expeditionibus occupati sunt* » [13]. On verra plus tard ce qu'il faut entendre par expédition [14].

Il résulte de ces innovations impériales que le testament militaire, émané le plus souvent de personnes simples et ignorantes du droit public et civil [15], n'emprunta aucune forme du droit civil, qu'il entra dans le domaine du droit des gens, et qu'il se soutint par la nue volonté du disposant : « *Sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris... ut quomodo testati fuissent rata esset eorum voluntas* » [16].

La loi 15 du Code donne un exemple remarquable de l'étendue de ce privilège : « *Si quid in raginâ au clypeo litteris sanguine suo rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio suo, ipso tempore quo in prælio citra sortem detinuerunt, hujusmodi voluntatem stabilem esse oportet* » [17].

Ainsi, un soldat avait valablement disposé de ses biens, pourvu que sa volonté fut prouvée ou par une écriture quelconque, ou par la déposition de deux témoins appelés par lui pour entendre ses dernières dispositions [18].

Ce n'était pas seulement sur les formes qu'on s'était relâché, en faveur du soldat, des solennités du droit civil; c'était encore sur plusieurs règles tenant aux solennités intérieures des testaments paganiques et aux subtilités du droit.

Ainsi, le testament militaire valait, quoique les enfants fussent préterits [19].

Ainsi, l'institution d'héritier n'y était pas nécessaire [20].

Ainsi, on ne lui appliquait pas la règle qu'on

[1] Hugo, *loc. cit.*

[2] Velleius Paterculus, l. 2, § 3 : « ... *Forcibusque omnibus in procinctu testamenta velut ad mortem cum dnm foret.* »

[3] *Procinctus*, selon Théophile, *loc. cit.*, signifie : vêtu du habit de guerre. *Procinctus est enim, ut Cuius (comm. 2, § 101), expeditus et armatus exercitus*. Voy. notre Préface.

[4] Pline, *loc. cit.*, n° 11. Heineccius, *loc. cit.*, § 3.

[5] Cicéron, *De naturâ deorum*, l. 2, ch. 3, t. XXX, p. 150 (édit. Panckowke).

[6] Cicéron, *loc. cit.* : « ... *Ex quo in procinctu testamenta perierunt.* » On voit, en effet, dans les Commentaires de César (*De bello gallico*, l. 39) et dans Florus (III, 10), à propos d'une expédition de César contre les Germains, les soldats tester dans la forme ordinaire, au milieu des dangers et de l'effroi de la guerre. — Il paraîtrait cependant que le testament *in procinctu* était encore en vigueur du vivant de Caton l'Ancien (Cicéron, *De oratore*, l. 45). Jange Instit., *loc. cit.* Hugo, *loc. cit.*, période 2, sect. 2, § 212.

[7] Heineccius, *loc. cit.*, § 16.

[8] l'Ipén, l. 1, D., *De testam. milit.* Maynard, l. 5, p. 92, n° 8.

[9] Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, l. 27, ch. 1, note 8.

[10] Ulpien, *loc. cit.* l. D., *De testam. milit.* Gouss., *comm.* 2, § 109. Instit., *De testam. milit.*, § 1. Heineccius, *loc. cit.*, § 16. Pothier, *Pand.*, l. II, p. 224, n° 1.

Gibbon, l. IV, p. 300 : « ... Julien l'Apôtre fit, avant de mourir, son testament militaire. »

[11] Paraphrase des Instit., par Théophile, *De milit. testam., Proemium*. Ulpien, *loc. cit.* Heineccius, *loc. cit.*, § 16 in fine.

[12] Antonin, l. 1, C., *De testam. milit.* Constantin, l. 15, *cod. titid.*

[13] Justinien, l. 17, C., *De testam. milit.* Instit., *Proemium*, *De milit. testam.* : « ... *illis autem temporibus per quos citra expeditionem necessitatem in aliis locis vel suis ordinibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur.* » Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, n° 23.

[14] *Infra*, n° 1701 et suiv.

[15] « *Ob nimiam imperitiam.* » dit Justinien aux Instit. : « ... *Propter simplicitatem militarem.* » dit Antonin au Code, l. 3, C., *De testam. milit.* Voy. cependant Heineccius, *loc. cit.*, § 3.

[16] Formule du nomus impérial, rapporté par Ulpien, l. 1, D., *De testam.* Pothier, *Pand.*, l. II, p. 224, n° 1. Voy. Cujas sur le tit. du C., *De testam. milit.*

[17] Constantin, l. 15, C., *De testam. milit.* Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, p. 226, n° 12.

[18] Enargole, ch. 2, sect. 2, n° 27.

[19] Ulpien, l. 7, D., *De testam. milit.* Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, p. 227, n° 12. Bonen, *Comm.*, l. 6, c. 29, n° 2.

[20] Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*

ne pouvait décéder *partim testatus, partim intestatus* [1].

Ainsi, le soldat pouvait décéder avec un ou plusieurs testaments, quoique, suivant les règles du droit civil, un même individu ne pût décéder avec plusieurs testaments [2].

Ainsi, il pouvait instituer toutes sortes de personnes, même celles avec lesquelles il n'avait pas la faction de testament [3].

Ainsi, son testament n'était pas rompu par l'agnation de ses héritiers siens, et ne pouvait être attaqué par la plainte d'inofficiosité [4], et il pouvait faire des legs au delà de ce que permettait la loi Falcidie [5].

Mais ces privilèges exorbitants, accordés au soldat, cessaient de plein droit un an après qu'il avait quitté les drapeaux. Aussi, le testament militaire était révoqué et annulé si le testateur ne décédait pas dans l'année de son renvoi dans ses foyers; après ce temps, il rentrait sous l'empire du droit commun [6].

1690. L'usage du testament militaire fut admis et fréquemment pratiqué [7] dans notre ancien droit français; longtemps il fut valable sans écriture, de même qu'en droit romain.

Froissart [8] a conservé un exemple assez curieux d'un testament militaire verbalement fait en 1388. C'est le testament de Geoffroy Teste-Noire, capitaine breton, qui tenait pour le parti anglais dans les guerres entre la France et l'Angleterre. Assiégedans le château du Mont-Ventadour, en Auvergne, Teste-Noire fut grièvement blessé dans une attaque faite par les chevaliers et écuyers d'Auvergne et de Limousin. Se sentant alors en danger de mort, Teste-Noire fait approcher près de son lit trente de ses plus fidèles compagnons d'armes; il leur montre du doigt un coffre qui contient 30,000 francs, dont il veut ordonner et disposer, puis après leur avoir fait promettre d'accomplir loyalement son testament, il s'exprime ainsi :

« Tout premier, je laisse à la chapelle de « Saint-Georges, qui sied au clos de céans, pour « les réfections, dix mille et cinq cents francs.

« En après à ma mie, qui loyaument m'a « servi, deux mille cinq cents francs.

« Et puis, à Alain Roux, voire capitaine, « quatre mille francs.

« Et à Pierre Roux, son frère, deux mille « francs.

« Et à mes varlets de chambre, cinq cents « francs.

« A mes officiers, mille et cinq cents francs.

« Item le plus je laisse et ordonne ainsi que « je vous dirai.

« Vous êtes, comme il me semble, tous trente « compagnons d'un fait et d'une entreprise; et

« devez être frères, et d'une alliance sans débat « et rïotte, ni estrif avoir entre vous. Tout ce

« que je vous ai dit, vous trouverez en l'arche.

« Si départez entre vous trente le surplus belle- « ment; et, si vous ne pouvez être d'accord et

« que le diable se touaille entre vous, véez là « une hache bonne et forte, et bien taillant et

« rompez l'arche; puis ne ait, qui ne pourra. »

Le grand coutumier de France [9], composé vers l'an 1409, établit aussi qu'à cette époque les testaments militaires étaient en usage.

Ces testaments, faits de vive voix et sans formalités, étaient alors approuvés et reçus, dit Maynard [10], dans toutes les cours souveraines du royaume. Et c'est ce que confirme Dumoulin [11], qui enseigne que les testaments militaires pouvaient avoir lieu sans solennité et valaient *sine scriptura*.

1691. Mais depuis lors, l'ordonnance d'Orléans de l'année 1560 [12] ayant ordonné que les testaments fussent signés des testateurs, et l'ordonnance de Moulins de l'année 1566 [13] ayant rejeté la preuve par témoins des choses qui excèdent 100 livres, on se demanda si les testaments militaires pouvaient désormais être dispensés de la solennité de l'écriture.

Là-dessus il s'établit une grande divergence dans la jurisprudence.

Dans les pays de droit écrit on continua de juger, en général [14], que les formalités de l'écriture n'étaient pas nécessaires pour la vali-

[1] Ulpien, l. 6, D., *De testam. milit.* Cujas sur la l. 7 de Pomponius, D., *De res. juris*.

[2] Paul, l. 36, § 1, D., *De testam. milit.* Pothier, *Pand.*, loc. cit., n° 27.

[3] Ulpien, l. 15, § 2, D., *De testam. milit.* Pothier, loc. cit., p. 225.

[4] Ulpien, l. 7, D., *De testam. milit.* Marcellus, l. 8, D., *De testam. milit.* Marcellus, l. 29, § ultim., D., *De testam. milit.*

[5] Celsus, l. 17, § 4 in fine, D., *De testam. milit.* Helmeceus, Instit., t. II, p. 192, 194. Doneau, loc. cit., n° 9 et 10.

[6] Paul, l. 38, D., *De testam. milit.* Pothier, *Pand.*, loc. cit., p. 230, n° 35. Doneau, *Comm.*, lib. 6, t. XXVIII, n° 17. Cujas sur le C., *De testam. milit.* Voy. infra.

n° 1704, art. 984.

[7] Brillon, v° Testament, n° 39. Il y a des edits de Henri III, de 1576 et 1577, qui décident que les testaments militaires faits pendant les troubles de la Ligue seront valables (Brodieu sur Louet, lettre T, somm. 8, n° 5).

[8] Livre 3 de ses Chroniques, chap. 152 (édition Buchon).

[9] Livre 2, ch. 40.

[10] L. 5, ch. 93, n° 5.

[11] Art. 13 du ch. 33 de la Cout. de Nivernais.

[12] Art. 85.

[13] Art. 54.

[14] Bretonnier sur Henrys, 5, 4, 37, n° 12.

dité du testament. Naynard [1] dit l'avoir vu souvent juger au parlement de Toulouse et notamment à la deuxième chambre des requêtes, en l'année 1580, pour un testament d'un soldat qui n'avait fait que le déclarer à ses compagnons, au moment d'aller à l'assaut de Puy-laurens, où incontinent après il périt sur la brèche.

Louet [2] rapporte aussi un arrêt rendu aux grands jours de Clermont, le 22 novembre 1582, qui reçut une fille à faire preuve par témoins du testament militaire de son père.

Et Bretonnier [3], qui approuve cette jurisprudence, fait observer que ce serait abolir l'usage des testaments militaires que d'exiger un écrit. « Quelle apparence, dit-il, qu'un soldat qui va au combat ou à l'assaut ait le temps d'écrire ou de faire son testament? Aussi, ajoute-t-il, cela n'est pas nécessaire, et quand un soldat ou un officier est blessé à mort, il déclare sa volonté en présence de ceux qui sont proche de lui, lesquels vont ensuite devant le prévôt de l'armée ou devant l'un des notaires en faire dresser l'acte [4]. »

1692. Mais il en était autrement dans les pays coutumiers [5], surtout dans ceux qui étaient sous la juridiction du parlement de Paris. Malgré l'autorité de Coquille [6], ce parlement, depuis l'ordonnance de Moulins, condamnait tous les testaments nuncupatifs [7], n'admettant pas même d'exception en faveur des militaires [8].

Le Bret [9] rapporte en effet que, sur ses conclusions, en l'audience de la grand'chambre du parlement de Paris, il fut rendu, au mois de juin 1619, un arrêt qui déclara nul, comme ayant été fait sans écrit, le testament du sieur

Landry, capitaine, qui avait été tué au siège de Soissons.

C'est pourquoi Henrys [10], quoique écrivant en pays de droit écrit, mais dans une province soumise au parlement de Paris, pensait que si la disposition n'était que verbale et nuncupative, la preuve n'en pouvait plus être reçue depuis l'ordonnance de Moulins. Quelle que fût la faveur dont jouissait le testament militaire, rien ne pouvait couvrir, selon lui, le défaut d'écriture.

1693. Toutefois on admettait que le testament d'un militaire pouvait être dispensé des solennités ordinaires [11]. Ainsi, par arrêt du 19 mai 1592, un testament fait par un officier en la coutume de Sens ne laissa pas que d'être confirmé, bien que la solennité prescrite par cette coutume n'eût pas été observée [12].

De même aussi, un testament mutuel que s'étaient fait deux officiers d'artillerie au siège de Dôle, fut déclaré valable sur les conclusions de l'avocat général Talon [13]. Basnage cite un arrêt du parlement de Rouen, du 6 avril 1628, qui valida le testament d'un militaire en expédition, reçu par un cordelier en présence de deux soldats, et non signé du testateur [14].

1694. L'ordonnance de 1735 a mis fin à ces divergences; elle a exigé que toute disposition testamentaire fût écrite, et il n'a plus été permis aux militaires de tester de vive voix. L'art. 27 prescrivit, sur le testament de cette classe de personnes, des dispositions sur lesquelles l'article 981 a été en partie calqué.

1695. Les formalités dont parle l'art. 981 sont extrêmement simples et ne peuvent donner lieu à de grandes difficultés.

Le notaire est remplacé par un chef de ba-

[1] Liv. 3, c. 93, n° 11, 12, 13. Voy. aussi l. 3, c. 17, n° 6.

[2] Louet, v° *Testam. milit.*, somm. 7. *Juge* les arrêts rapportés par Bernard-Autonne sur Bordeaux, art. 64. Papon, l. 20, t. 1, art. 8. Combaut, liv. 3, ch. 37.

[3] Observations sur Henrys, l. 3, c. 4, quest. 37, n° 13.

[4] Bretonnier, loc. cit., assure avoir vu plusieurs testaments militaires de cette façon, et en outre celui du seigneur comte d'Albion, qui fut tué en 1702 dans la guerre d'Italie.

Il n'est pas sans intérêt de voir comment, en pareil cas, les choses se passaient, et nous croyons devoir rapporter ici la déclaration du major du régiment de carabiniers auquel le comte d'Albion appartenait.

* A Monsieur le Grand Prévôt de l'armée en Italie.

* Sur ce que nous avons appris que messire Claude d'Albion, capitaine des carabiniers de la brigade d'Autriche, aurait été blessé à l'escorte des fourrages, le 30 juin dernier, à la tête d'une troupe de carabiniers qu'il commandait, et qu'avant de mourir il avait déclaré sa dernière volonté en présence de plusieurs

personnes, par laquelle il dispose de tous ses biens; et comme, en ma qualité de major des carabiniers, il est de mon devoir de mettre en adré les effets des officiers après leur mort et de faire mettre en règle les dernières volontés, je m'adresse à vous, monsieur, pour vous prier d'entendre les personnes qui étaient présentes lors de la mort dudit seigneur d'Albion, qui sont dépositaires de ses dernières volontés, etc. »

A la suite de cette pièce se trouve le procès-verbal des dispositions des témoins sur les dernières volontés du seigneur d'Albion.

Il n'appartient pas, du reste, que la validité de ce testament ait été contestée.

[5] Basnage sur Normandie, art. 413, p. 201, col. 2. [6] Sur Nivernais, l. XXXII, art. 13.

[7] 20 décembre 1576; 6 juin 1594; 10 décembre 1598.

[8] Brodeau sur Louet, lettre T, somm. 8, n° 4.

[9] Décisions, l. 3, ch. 4.

[10] L. 5, ch. 37.

[11] Brodeau sur Louet, lettre T, somm. 8, n° 4.

[12] Louet, loc. cit., n° 1. Ricard, part. 1, n° 1633.

[13] Brodeau sur Louet, loc. cit., n° 3. Ricard, loc. cit.

[14] Sur Normandie, art. 413, p. 201, col. 1.

tailleur ou d'esadron, ou tout autre officier supérieur, ou par un commissaire des guerres, aujourd'hui sous-intendant militaire. Deux témoins doivent les assister, ou même deux commissaires des guerres peuvent instrumenter sans témoins [1].

Quant à la signature du testateur et des témoins, nous en parlerons tout à l'heure dans le commentaire de l'art. 998 [2].

1696. Cette faveur de tester militairement n'est accordée qu'à des militaires ou à ceux qui sont employés dans les armées [3]. Cette dernière catégorie comprend les chirurgiens militaires [4], les arméniers, tout le corps de l'intendance, les munitionnaires et fournisseurs, les vivandiers et vivandières, les valets, etc., etc., en un mot tout ce qui est inscrit sur les contrôles de l'armée (ou, comme dit Ulpian, *in numero relati*) [5], et même ceux qui, sans être inscrits sur les contrôles, remplissent à l'armée un office quelconque qui les fasse assimiler aux militaires.

1697. Dans le droit romain on allait plus loin, et l'on permettait à de simples citoyens *paganis* [6] de tester militairement dans certaines circonstances exceptionnelles [7]; par exemple, si un président de la province, ou tout autre magistrat civil se trouvait exposé au péril de la guerre, il jouissait, à cause du danger seul qui le menaçait, des mêmes privilèges que les soldats dont il partageait les vicissitudes [8]. Il en était de même de toute autre personne civile, quelle qu'elle fût, que le danger enveloppait [9].

Mais ce privilège ne produisait son effet et le testament n'était valable qu'autant que le testateur mourait en pays ennemi (*in hostico*) [10]. Que s'il échappait au péril, le testament s'écroulait et devait être refait [11].

Du reste, il faut remarquer ici que ces personnes civiles recevaient leur capacité des circonstances périlleuses dont elles étaient environnées, et que, bien différentes du soldat, elles n'auraient pu tester dans une garnison, dans une station, en un mot, loin de l'ennemi [12].

1698. Ces distinctions n'ont été reproduites ni dans l'ordonnance de 1733, ni dans l'article 981. Et, en aucun cas, les personnes purement

civiles et étrangères à l'armée dont s'occupaient les lois romaines, n'ont été admises à tester *jure militari*.

Quant aux personnes qui se trouvent à la suite des armées à cause de leur emploi, lors même qu'elles ne seraient point portées sur les cadres [13], elles jouissaient, d'après l'ordonnance et d'après le Code, des mêmes privilèges que le soldat lorsqu'il s'agit de tester. C'est là une classe de personnes qui a été assimilée aux soldats, et il n'est point nécessaire, pour la validité de leur testament *jure militari*, que ceux qui en font partie soient enveloppés dans un danger pressant et y succumbent.

L'art. 981 du Code Napoléon dit : « Les individus employés dans les armées, » et ne distingue pas s'il s'agit d'individus portés ou non sur les cadres.

L'ordonnance de 1733 conduit à la même interprétation, avec des termes plus explicites. L'article 31 est ainsi conçu :

« Ceux qui, n'étant ni officiers ni engagés dans les troupes, se trouvent à la suite de nos armées ou chez les ennemis, soit à cause de leurs emplois ou fonctions, soit pour le service qu'ils rendent à nos officiers, soit à l'occasion de la fourniture des vivres et munitions de nos troupes, pourront faire leurs dernières dispositions dans la forme portée par les art. 27, 28, 29, et dans les cas marqués par l'art. 30. »

Évidemment cette disposition n'est que le développement de ce que le Code a entendu dire par ces mots : « Les testaments des individus employés dans les armées... »

1699. C'est, du reste, ce qu'on peut inférer d'un arrêt de la cour de Liège, du 20 prairial an xii [14]. Il s'agissait du testament du comte de Mercy-Argenteau, ministre plénipotentiaire d'Autriche, attaché à l'armée pour traiter, suivant les circonstances, avec les parties belligérantes. Ce testament avait été fait militairement à Bruxelles, le 6 mars 1794, à trente lieues du théâtre de la guerre, et le testateur était mort à Londres le 25 août de la même année. Comme par cet acte M. de Mercy-Argenteau disposait de biens situés en France, il fut attaqué devant la cour de Liège par les héritiers naturels du dé-

[1] Voy. encore *infra*, n° 1700, art. 982.

[2] N° 1729 et suiv.

[3] Texte de l'art. 981.

[4] Arrêt du parlement de Dijon, du 10 décembre 1657, rapporté par Toussaint sur Bourgoingne, 7, 4, 19.

[5] L. 42, D., *De testam. milit.*

[6] Suetone, *Vie d'Auguste*, 27 ; *Vie de Galba*, 29. Plin le Jeune, l. 8, *épist.* 23 ; l. 10, *épist.* 17.

[7] Heliecius, *Elem. juris*, l. 2, t. XI, §§ 505 et 506 ; et *Antiq. roman.*, l. 2, t. I, X, XI, XII, § 17.

[8] Ulpian, l. 1, D., *De bon. possess. ex testam. milit.*

Ulpian, l. 44, D., *De testam. milit.*

[9] Ulpian, *loc. cit.*

[10] Cujas, *Recitationes aulemnae, in titulo* 13, lib. 37, Dig.

[11] Cujas, *loc. cit.*

[12] *Infra*, n° 1701.

[13] N° 1696.

[14] Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, t. XIII, p. 719.

funt, qui tui reprochaient de manquer des conditions nécessaires pour la validité du testament militaire. « Il n'émanait pas, disaient-ils, « d'un militaire, et il avait été fait dans une ville « tranquille et loin du théâtre des hostilités. »

Mais le testament fut maintenu [1], parce qu'il fut reconnu que M. de Mercy avait été ad- joint par son souverain à ses armées en expédi-

tion, pour conduire les négociations que les cir- constances auraient pu faire naître relativement à la paix ou à la guerre. Il est vrai que la cause était subordonnée à l'application du droit belge ; mais les lois particulières à la Belgique conte- naient des dispositions semblables à celles de l'ordonnance et du Code [2].

ARTICLE 982.

Ils pourront encore, si le testateur est malade ou blessé, être reçus par l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice.

SOMMAIRE.

1700. Du cas où le testateur est malade ou blessé.

COMMENTAIRE.

1700. Dans le cas où le testateur est malade ou blessé, la loi offre au soldat encore plus de facilité pour tester. Outre les personnes précédemment désignées, l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice, pourra recevoir son testa- ment [3].

Cet article, quoique ne parlant que de l'hospice, s'applique à plus forte raison au malade qui est à l'ambulance [4]. Dans ce cas, c'est l'officier chargé de commander le détachement près de cette ambulance qui assistera l'officier de santé.

ARTICLE 983.

Les dispositions des articles ci-dessus n'auront lieu qu'en faveur de ceux qui seront en expédition militaire, ou en quartier, ou en garnison hors du territoire français, ou prison- niers chez l'ennemi ; sans que ceux qui seront en quartier ou en garnison dans l'intérieur puissent en profiter, à moins qu'ils ne se trouvent dans une place assiégée ou dans une citadelle et autres lieux dont les portes soient fermées et les communications interrompues à cause de la guerre.

SOMMAIRE.

1701. Qu'entendait-on, en droit romain, par expédition militaire ?

1702. D'après l'ordonnance et le Code, pour pouvoir tester militairement, il faut se trouver sur un

territoire étranger, ou être renfermé dans une place assiégée.

1703. Qu'il si, la place étant assiégée, il y avait suspen- sion d'hostilités ?

COMMENTAIRE.

1701. Nous avons dit [5] que, d'après la constitution de Justinien [6], c'est seulement

pendant qu'ils étaient occupés aux expéditions que les soldats pouvaient tester *jure militari*.

[1] Le pourvoi a été rejeté par arrêt de la cour de cass., du 28 ventôse an xiii (Merlin, *loc. cit.*, p. 738).

[2] Voy. le plaidoyer de Merlin, *loc. cit.*, p. 723, col. 1.

[3] Voy. Art. 27 de l'ord. de 1735, où cet article a

été pris

[4] Jourdan au conseil d'Etat (Loché, t. XI, p. 236).

[5] N° 1689.

[6] L. 17, C., *De testam.*

Mais qu'entendait-on en droit romain par expédition militaire? Fallait-il être nécessairement en bataille rangée? Les commentateurs ont éclairci ce point par leurs recherches et leurs discussions. Il en résulte deux choses : 1° que l'expédition suppose un état de guerre, « un lieu et » terre d'hostilités, » comme dit Maynard [1]; 2° que le militaire est en expédition lors même que le fait du combat n'est pas encore imminent, lors même que le soldat est simplement en marche, ou en garnison, pourvu que l'état de guerre soit certain.

Cujas [2] dit que tout militaire peut tester militairement lorsqu'il est ou dans une expédition, ou dans un camp, ou dans des retranchements, ou dans des quartiers d'hiver, ou dans une garnison, ou dans des postes fixes. « *Ergo qui in expeditione testatur miles in castris, in fossato, ut loquuntur, imò et in hybernis, ut meum judicium est, in stativis, in praesidiis, jure militari testamentum facere potest.* » S'il en était autrement, ajoutait-il, on serait forcé de n'admettre à cet égard aucune différence entre le militaire et le simple citoyen qui n'a pas les privilèges du soldat (*paganus*); car ce dernier peut aussi tester militairement, pourvu qu'il se trouve sur un champ de bataille ou en présence de l'ennemi, le péril faisant naître pour lui un privilège qui n'est pas attaché à sa condition [3] : « *Attoquin nihil distaret paganus à milite; nam et à pagano in procinctu, in acie, in hostico, quoquo modo testamentum valet* [4]. »

Godefroy [5] explique dans le même sens les termes employés par Justinien, « *qui in expeditionibus occupati sunt...* » idque, dit-il, *sive in castris, sive in fossato, sive in hybernis, sive in praesidiis, sive in stativis, seu sedibus sedatis, sufficit ergo ut fiat in expeditione, licet non in procinctu.* »

On en concluait que partout où le soldat se trouvait pour un service de guerre se rattachant à une expédition contre l'ennemi [6], il pouvait tester militairement.

Divers arrêts des parlements ont admis cette interprétation [7]. Un des plus remarquables a été rendu dans une espèce rapportée par Maynard et prononcé aux fêtes de Noël 1578 [8];

il s'agissait d'un écolier qui, enrôlé pour aller en guerre, avait fait son testament devant son capitaine et son sergent-major. Ce testament fut déclaré valable par privilège militaire. Je veux en citer un autre non moins précis. Un homme, venant de s'enrôler à Toulouse, se rend aux Cordeliers et reçoit le Saint-Sacrement : puis il appelle deux religieux, dont l'un était son frère, et il leur remet un écrit scellé et cacheté qu'il leur dit renfermer ses dernières dispositions; il les prie de témoigner, en cas de mort, que cet écrit contient sa dernière volonté. Huit jours après, cet homme fut tué à l'assaut. Comme ce testament avait été fait sur le départ, il fut déclaré valable, à titre de testament militaire, bien qu'il fût fait en ville et qu'il manquât, du reste, des formalités du droit commun [9].

1702. L'ordonnance de 1758, dans son article 50, et le Code Napoléon dans l'art. 983, ont limité plus strictement les cas dans lesquels on peut tester militairement. Il faut être hors du territoire français. Quant à ceux qui sont en quartier d'hiver ou en garnison dans l'intérieur, ils ne peuvent disposer par testament militaire qu'autant qu'ils se trouvent dans une place assiégée, ou dans une citadelle ou autres lieux dont les portes sont fermées et les communications interrompues à cause de la guerre; ce que je ne ferais aucune difficulté d'étendre au cas où une partie du territoire français étant envahie, comme dans les désastres de 1814, l'armée française y serait à l'état de guerre et combattrait tous les jours pour la défense du pays.

Je crois aussi qu'à une place assiégée il faut assimiler une ville en état de siège, parce que le soldat y est exposé à des dangers pareils à ceux du champ de bataille, et que, d'un autre côté, il est soumis à des consignes exceptionnelles et rigoureuses qui le mettent en dehors des communications journalières au moyen desquelles s'accomplissent les actes de la vie civile.

1703. Nous avons dit que notre article ne permet de tester militairement à l'intérieur qu'autant qu'on se trouve dans une place assiégée. Mais s'il y avait suspension d'hostilités et que les communications ne fussent pas inter-

[1] L. 5, quest. 17.

[2] Cujas, *Consult.* 49, *Recht. solenn.*, in tit. C., *De milit. test.*

[3] N° 1697.

[4] Ulpien, l. 44, D., *De testam. milit.* l. 1, D., *De honor. possession. ex testam. milit.*

[5] Godefroy sur la loi 17, C., *De testam. milit.*

[6] Calvinus, *Lexicon juris*, verb. *Expediti milit.* Junge Barry, *De success.* l. 1, t. V, n° 7, J. Clarus,

5 *Testam.*, quest. 15, n° 12.

[7] Rouen, 16 avril 1628 (Bouage, art. 413, Normandie); Toulouse, 16 avril 1648 (Albert, v° *Testam.*, n° 48); Dijon, 10 décembre 1657 (Taisné sur Bourgoingue, art. 4, n° 19). Voy. Meelin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 8.

[8] Liv. 5, quest. 17.

[9] Parlement de Toulouse, 15 avril 1627 (Cambolas, l. 5, 37, Brillou, v° *Testam.*, n° 143).

rompues dans la place, pourrait-on encore tester en la forme militaire ?

La question s'est présentée devant la cour de Paris en 1815 (1). Voici dans quelles circonstances :

En 1814, le général de division Gratien commandait la ville de Plaisance assiégée par les Autrichiens. Le 25 avril il fit son testament : l'acte fut reçu par un commissaire des guerres qui l'écrivit de sa main en présence de deux témoins, en conformité de l'art. 981 du Code Napoléon. Le général décéda le lendemain.

Le testament fut attaqué. On prétendit que la ville de Plaisance n'était pas assiégée au moment de la confection du testament, et l'on rapportait à l'appui de cette allégation un certificat du podestat ou maire de Plaisance, portant que pendant le cours de l'année 1814, les notaires

n'avaient pas été empêchés d'exercer leurs fonctions par la présence des armées étrangères, et qu'ils avaient continué à recevoir tous les actes pour lesquels ils avaient été requis ; qu'à la vérité les Autrichiens étaient, les 23 et 24, aux portes de la ville, mais que la nouvelle des changements survenus en France avait fait cesser les hostilités ; que les armées avaient même passé une convention et étaient restées fort tranquilles, et que d'ailleurs il n'y avait eu aucun obstacle à la circulation intérieure.

La cour de Paris déclara le testament valable, et entre autres motifs, elle établit que la discontinuation des attaques n'a jamais été prise pour la fin d'un siège, parce qu'il y a nécessairement des intervalles dans les opérations des assiégeants.

ARTICLE 984.

Le testament fait dans la forme ci-dessus établie sera nul six mois après que le testateur sera revenu dans un lieu où il aura la liberté d'employer les formes ordinaires.

SOMMAIRE.

1704. Différence entre la loi romaine et le Code quant au délai de déchéance.

1705. Quid lorsque, avant l'expiration du délai, le testateur est appelé à une autre expédition ?

COMMENTAIRE.

1704. Nous avons vu ci-dessus (2) que le droit romain faisait tomber le testament militaire un an après que le soldat avait été renvoyé dans ses foyers. La disposition de notre article diffère en deux points de la loi romaine. D'abord, le délai, sous le Code, n'est que de six mois ; ensuite ce délai ne commence à courir que du jour où le testateur sera revenu dans un lieu où il aura la liberté d'employer les formes ordinaires. En droit romain, le délai d'un an commençait du jour où le testateur avait reçu son congé. « *Intra annum quam missus est*, » dit Paul (3).

1705. Mais si avant l'expiration de ce délai le testateur est appelé à une autre expédition, le testament fait pendant la première sera-t-il

caduc ? Le jurisconsulte romain qui examine cette question (4) est d'avis que le testament doit conserver toute sa force, par cette raison que les deux expéditions sont censées n'en faire qu'une seule.

Ce motif, puisé dans l'équité (*humanitas est dicere*), n'est pas inadmissible dans le droit français, et rien n'empêche de venir au secours du soldat qui, obligé de commencer un service d'expédition avant l'expiration du délai de faveur qui lui est accordé, n'a pas été maître de choisir son temps, et voit les nécessités de son service prolonger, pour ainsi dire, les difficultés et les périls qui avaient motivé le privilège dont il avait joui dans la première campagne (5).

(1) Paris, 1^{er} décembre 1815 (Devill., 3, 2, 76).

(2) N^o 1689 *in fine*.

(3) Paul, l. 38, *peine. D., De testam. milit.*

(4) Paul, *loc. cit.*, § 1. Voy. Cujas sur cette loi, l. 8, *Quasi. Paul.*

(5) *Infra*, n^o 1712.

ARTICLE 985.

Les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication sera interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse, pourront être faits devant le juge de paix, ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence de deux témoins.

SOMMAIRE.

1706. Du testament fait en temps de peste, dans le droit romain.

1707. Divergence de jurisprudence sur les testaments faits en temps de peste, dans l'ancien droit français.

1708. Disposition de l'ordonnance.

1709. Le Code n'exige que deux témoins.

1710. Compétence pour recevoir ces testaments. — Loi du 9 mars 1822.

COMMENTAIRE.

1706. On comprend facilement le motif qui a fait accorder aux testaments faits en temps de peste des privilèges semblables aux testaments militaires. Il en est, en effet, de la peste comme de la guerre; elles interrompent les communications, et ne permettent pas d'accomplir les actes ordinaires de la vie civile. La guerre et la peste sont comparables, dit Henrys [1], et celle-ci est une guerre d'autant plus dangereuse que c'est Dieu qui la fait aux hommes.

Le droit romain, sans accorder à ces testaments la même faveur qu'aux testaments militaires, permettait cependant qu'on se relâchât, en temps de peste, de la rigueur des formes ordinaires. Ainsi, les témoins n'étaient pas obligés de se présenter tous ensemble; ils pouvaient venir les uns après les autres. Une constitution de Dioclétien et de Maximilien l'avait ainsi ordonné [2].

1707. Dans les pays de droit écrit, en France, ce principe avait prévalu; on considérait que l'abandon dans lequel se trouvaient les habitants d'un lieu infecté de la peste méritait une indulgence particulière, et on les affranchissait dans les testaments de la rigueur des solennités du droit commun.

On allait même plus loin qu'en droit romain. Car on permettait de tester en présence de cinq témoins au lieu de sept. C'était l'avis d'Henrys [3] et de Maynard [4], et on le jugeait ainsi au par-

lement de Provence et au parlement de Grenoble [5]. Bien plus, le parlement de Toulouse se contentait, quand le mal était violent, de deux ou trois témoins [6]. La coutume de Bayonne [7] se bornait à exiger, pour les testaments faits en temps de peste, deux témoins mâles ou femelles, que le testament fût par écrit ou sans écrit; et encore, s'il était fait par écrit, l'écrivain était compté pour un témoin.

On était, du reste, fort facile quant à la capacité des témoins. Albert [8] rapporte qu'un arrêt de la grand'chambre, du 16 juillet 1634, jugea qu'un testament fait en temps de peste où il n'y avait que cinq témoins, dont deux femmes et un religieux, était valable et rompait un premier testament où il y avait eu sept témoins [9].

Dans les pays de coutume, au contraire, et notamment au parlement de Paris, on refusait aux pestiférés le droit de s'affranchir des solennités ordinaires. On pensait que l'abandon où la maladie laissait le testateur l'exposait à des influences fâcheuses contre lesquelles la loi devait le prémunir en exigeant rigoureusement l'accomplissement de toutes les formalités destinées à assurer ses dernières volontés.

Brodeau sur Louet [10] cite plusieurs arrêts du parlement de Paris [11] qui annulèrent des testaments faits en temps de peste, parce qu'ils étaient défectueux pour le nombre et la qualité des témoins.

[1] L. 5, ch. 4, quest. 57, n° 7.

[2] L. 8, C., *De testamentis* : « ... *Causa majoris ac non contagiosis ratione, adversus timorem contagionis, quo testes deterret, licet aliquod de jure laxatum est : non tamen prorsus reliqua testamentorum solennitates precepta est. Testes enim hujusmodi morbo oppressos eo tempore juncti atque sociari remissum est; non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublevis est.* »

[3] L. 5, ch. 2, quest. 10, n° 3.

[4] L. 5, ch. 16.

[5] Breionnier sur Henrys, t. 5, ch. 2, quest. 10, n° 6 et 7.

[6] L. 6, ch. 9.

[7] Au lit. *Des testaments*, art. 3.

[8] *Vo Testament*, art. 38.

[9] *Voy. infra*, n° 1731.

[10] *Vo Testament*.

[11] 1^{re} chambre des enquêtes, 30 août 1630; 8 mars 1638; Pentecôte 1693.

1708. L'ordonnance de 1735 fit cesser ces divergences. Elle décida, par l'art. 33, que deux notaires ou deux officiers de justice pourraient, en temps de peste, recevoir les testaments. Elle n'exigea de témoins qu'au cas où il n'y aurait qu'un notaire, ou un seul officier de justice. Les témoins alors devaient être au nombre de deux. Les prêtres eurent aussi le droit de recevoir ces testaments en se faisant assister de deux témoins.

1709. Le Code a reproduit à peu près cette disposition de l'ordonnance, en ce sens, du moins, qu'il n'exige aussi que deux témoins. Il n'est pas douteux, du reste, que la présence de

ces témoins à l'ensemble des opérations nécessaires pour la confection du testament, ne doive être exigée. La décision du droit romain qui permettait aux témoins de comparaitre les uns après les autres, ne peut avoir ici d'application.

1710. Du reste, les juges de paix et les officiers municipaux ne sont pas les seuls qui soient compétents pour ces sortes de testament. La loi du 9 mars 1822 (1), relative à la police sanitaire, a attribué aux membres des autorités sanitaires, dans les lazarets et autres lieux sanitaires, le droit de recevoir les testaments conformément aux art. 986, 986, 987.

ARTICLE 986.

Cette disposition aura lieu, tant à l'égard de ceux qui seraient atteints de ces maladies, que de ceux qui seraient dans les lieux qui en sont infectés, encore qu'ils ne fussent pas actuellement malades.

SOMMAIRE.

1711. Observation.

COMMENTAIRE.

1711. — En temps de peste, dans les lieux infectés, la présence de ceux mêmes qui ne sont point atteints de la contagion est évitée avec le plus grand soin. La difficulté de tester avec les solennités habituelles au testament existe alors

aussi bien pour les personnes non malades que pour les personnes malades.

L'art. 36 de l'ordonnance de 1735 contenait la même disposition.

ARTICLE 987.

Les testaments mentionnés aux deux articles précédents deviendront nuls six mois après que les communications auront été rétablies dans le lieu où le testateur se trouve, ou six mois après qu'il aura passé dans un lieu où elles ne seront point interrompues.

SOMMAIRE.

1712. Renvoi.

COMMENTAIRE.

1712. Nous renvoyons sur ce point à ce que nous avons dit au sujet de l'art. 984 (2).

ARTICLE 988.

Les testaments faits sur mer, dans le cours d'un voyage, pourront être reçus, savoir : A bord des vaisseaux et autres bâtiments du roi, par l'officier commandant le bâtiment,

[1] Art. 19.

[2] N° 1704.

ou, à son défaut, par celui qui le supplée dans l'ordre du service, l'un ou l'autre conjointement avec l'officier d'administration ou avec celui qui en remplit les fonctions ;

Et à bord des bâtiments de commerce, par l'écrivain du navire ou celui qui en fait les fonctions, l'un ou l'autre conjointement avec le capitaine, le maître ou le patron, ou, à leur défaut, par ceux qui les remplacent.

Dans tous les cas, ces testaments devront être reçus en présence de deux témoins.

ARTICLE 989.

Sur les bâtiments du roi, le testament du capitaine ou celui de l'officier d'administration, et, sur les bâtiments du commerce, celui du capitaine, du maître ou patron, ou celui de l'écrivain, pourront être reçus par ceux qui viennent après eux dans l'ordre du service, en se conformant pour le surplus aux dispositions de l'article précédent.

SOMMAIRE.

1713. Motifs qui ont fait introduire le testament maritime. — Du droit romain.

1714. Du droit français. — Des ordonnances de Louis XIV en cette matière.

1715. Le Code a permis le testament maritime à tous

ceux qui sont sur mer indistinctement.

1716. Formalités différentes, selon que le testament est reçu sur un bâtiment de guerre ou sur un bâtiment de la marine marchande.

COMMENTAIRE.

1713. Il y aurait eu de la dureté à priver ceux qui sont en mer de la faculté de tester, sous prétexte qu'il dépendait d'eux de se précautionner à cet égard avant leur embarquement. D'un autre côté, il aurait pu être dangereux d'attribuer aux testaments faits en mer le même effet indistinctement qu'à ceux qui sont faits avec les solennités requises en général [1]. Aussi, la loi y a-t-elle pourvu, et, de tout temps, des règles spéciales ont-elles été tracées pour le testament maritime.

En droit romain ceux qui faisaient partie d'une flotte, officiers ou matelots, pouvaient tester *jure militari*... et la raison qu'en donne Ulpien [2], c'est que *in classibus, omnes nautae milites sunt*.

Quant aux marins non militaires, on ne voit pas que le droit romain leur ait accordé un privilège analogue.

1714. En France, on s'était montré plus large et il y avait des prérogatives exceptionnelles attachées en matière de testament, tant à la marine marchande qu'à la marine militaire. Deux ordonnances de Louis XIV s'étaient occupées des testaments faits en mer.

L'ordonnance d'avril 1689 [3] permettait,

comme le droit romain, aux officiers et aux gens de l'équipage sur les vaisseaux du roi de tester par-devant l'écrivain du vaisseau en présence de l'officier principal de quart qui signait. Émané de personnes appartenant à l'armée, ce testament jouissait des privilèges attachés au testament militaire ; il pouvait comprendre l'universalité des biens du testateur. Toutefois, il paraît résulter du texte de l'art. 47 du tit. 3 du livre 4 de cette ordonnance que ce n'était qu'en cas de mort sur mer, que ce testament devait recevoir son exécution.

Les testaments de ceux qui faisaient partie de la marine marchande étaient réglés par l'ordonnance d'août 1681 [4]. Mais, ils n'avaient pas des privilèges aussi étendus que les testaments de la marine militaire. Ils ne pouvaient comprendre que les effets que le testateur avait sur le vaisseau, et les gages qui lui étaient dus [5] ; et il fallait que l'écrivain du navire, chargé de recevoir le testament, fût assisté de trois témoins [6]. Ce n'était aussi qu'en cas de mort sur mer que les dernières volontés du testateur pouvaient recevoir quelque effet [7].

Mais, soit que le testateur appartint à la ma-

[1] Valin, Préambule du tit. 11 du liv. 3 de l'ord. de 1681.

[2] Ulpien, l. 1, § 1, D., *De bonor. posses. ex test. milit.*

[3] Art. 47 du tit. 3 du liv. 4.

[4] Liv. 3, tit. 11.

[5] Art. 2 du titre précité.

[6] Art. 1.

[7] Art. 1.

rine militaire, soit qu'il ait partie de la marine marchande, son testament n'aurait pas été valable s'il eût été fait au moment de s'embarquer [1]. Nous verrons tout à l'heure ce que le marin devait faire pour tester, lorsque, pendant le voyage, il se trouvait à terre momentanément [2].

L'ordonnance de 1755 qui, ainsi que nous venons de le voir [3], régle les formes spéciales des testaments militaires et des testaments faits en temps de peste, ne s'occupa point des testaments maritimes qui restèrent soumis aux dispositions des deux ordonnances de la marine.

1715. Le Code Napoléon n'a pas adopté la distinction de l'ancienne législation française, entre les marins militaires et les marins de la marine marchande, en ce qui concerne l'étendue de leurs dernières dispositions; il permet à tous ceux qui sont sur mer [4] indistinctement, appartenant à un bâtiment de guerre ou à un bâtiment de commerce, de tester sur

l'universalité de tous leurs biens, en observant certaines formes particulières. Mais il n'exige point, comme nous le verrons tout à l'heure [5], que le testateur meure en mer.

1716. Les art. 988 et 989 indiquent quelles formalités doivent être suivies pour recevoir les testaments maritimes, soit sur les bâtiments de guerre, soit sur les bâtiments de commerce. Les prescriptions de ces articles n'ont pas besoin d'explication; nous nous bornerons à faire remarquer la différence des formalités, selon que le testament sera fait sur un bâtiment de guerre, ou sur un bâtiment de la marine marchande. Dans le premier cas, c'est l'officier commandant qui reçoit le testament avec l'assistance de l'officier de l'administration, tandis que dans le second cas, c'est l'écrivain qui est chargé de recevoir l'acte avec l'assistance du capitaine. On a craint sans doute que, dans ce dernier cas, le capitaine ou le patron ne fût pas suffisamment instruit [6].

ARTICLE 990.

Dans tous les cas, il sera fait un double original des testaments mentionnés aux deux articles précédents.

ARTICLE 991.

Si le bâtiment aborde dans un port étranger dans lequel se trouve un consul de France, ceux qui auront reçu le testament seront tenus de déposer l'un des originaux, clos ou cacheté, entre les mains de ce consul, qui le fera parvenir au ministre de la marine; et celui-ci en fera faire le dépôt au greffe de la justice de paix du lieu du domicile du testateur.

ARTICLE 992.

Au retour du bâtiment en France, soit dans le port de l'armement, soit dans un port autre que celui de l'armement, les deux originaux du testament, également clos et cachetés, ou l'original qui resterait, si, conformément à l'article précédent, l'autre avait été déposé pendant le cours du voyage, seront remis au bureau du préposé de l'inscription maritime; ce préposé les fera passer sans délai au ministre de la marine, qui en ordonnera le dépôt, ainsi qu'il est dit au même article.

SOMMAIRE.

1717. L'inobservation des formalités prescrites par ces articles n'entraîne pas la nullité de l'acte.

[1] Brillon, *Dict. des arrêts*, v^o *Testament*, n^o 72. Voy. le texte de l'art. 1 du titre précité : « Les testaments faits sur mer par ceux qui décéderont dans les voyages... »

[2] N^{os} 1719 et suiv., sur l'art. 994.

[3] N^{os} 1694, 1708.

[4] Art. 988 : « Les testaments faits sur mer dans le cours d'un voyage... »

[5] N^o 1723.

[6] Delvincourt, note 3, sur la p. 89, t. II.

COMMENTAIRE.

1717. Ces articles règlent les précautions à employer pour soustraire le testament fait en mer aux dangers auxquels il est exposé, par suite des naufrages et des périls de la navigation. Il s'ensuit que l'omission de ces formalités ne doit pas entraîner la nullité de l'acte. Si donc le testament était fait en un premier original et que

le testateur vint à mourir avant que le second ne fût dressé, le testament n'en serait pas moins valable. Il est évident que c'est là une formalité extrinsèque dont l'inobservation ne saurait porter préjudice au testateur et tomber sous le coup de l'article 1001 [1].

ARTICLE 993.

Il sera fait mention sur le rôle du bâtiment, à la marge, du nom du testateur, de la remise qui aura été faite des originaux du testament, soit entre les mains d'un consul, soit au bureau d'un préposé de l'inscription maritime.

SOMMAIRE.

1718. But de la mention exigée par cet article.

COMMENTAIRE.

1718. La mention exigée par cet article n'a d'autre but que de mettre à même les intéressés de se procurer des renseignements sur l'exis-

tence du testament ; c'est encore là une formalité extrinsèque et précautionnelle, dont l'omission n'entraînerait pas la nullité du testament.

ARTICLE 994.

Le testament ne sera point réputé fait en mer, quoiqu'il l'ait été dans le cours du voyage, si, au temps où il a été fait, le navire avait abordé une terre, soit étrangère, soit de la domination française, où il y aurait un officier public français ; auquel cas il ne sera valable qu'autant qu'il aura été dressé suivant les formes prescrites en France, ou suivant celles usitées dans les pays où il aura été fait.

SOMMAIRE.

1719. *Quid* lorsque le navire aborde une terre étrangère où il y a un officier public ?

1720. Du cas où la terre abordée est une terre de la

domination française.

1721. *Quid* lorsque, sur la terre étrangère dont il s'agit, il se trouve un consul français ?

COMMENTAIRE.

1719. Nous avons dit que l'exception introduite en faveur des marins a pour condition que le bâtiment soit en mer [2].

Si le navire aborde une terre étrangère où il

y a un officier public, le privilège du testament maritime cesse. Car il n'a été introduit qu'à raison de l'impossibilité de tester *jure communi* où se trouve le disposant. Le marin ne pourra

[1] Delaporte, *Pandectes françaises*, sur l'art. 992, p. 356. Vazeille, n° 1, sur l'art. 990. Coin-Delisle, n° 1, sur l'art. 990. Marcadé, t. IV, n° 65. Voy., *contra*,

Delvincourt, t. II, note 2, sur la p. 89.

[2] *Suprà*, n°s 1715 et suiv.

donc tester que suivant les solennités usitées dans le pays, d'après la maxime *locus regit actum* (1). Ce n'est que lorsqu'il n'y aura pas d'officier public que le testateur pourra tester *jure maritimo* : car alors il est censé en mer (2).

1720. Que si le navire aborde une terre de domination française, il faudra distinguer de la même manière, s'il s'y trouve ou non un officier public : dans le premier cas, le testament devra être fait dans la forme ordinaire ; dans l'autre cas, il pourra avoir lieu dans la forme particulière aux testaments maritimes.

1721. Mais quand il se trouve un consulat français sur la terre étrangère où aborde le bâtiment, c'est une question de savoir si, dans l'absence d'officiers locaux et indigènes, la pré-

sence des officiers de ce consulat fait cesser les privilèges du testament maritime.

La solution de cette difficulté dépend de ce point : les chanceliers des consulats sont-ils investis de la capacité de recevoir, en présence du consul et des témoins, le testament du Français ? S'ils sont fonctionnaires capables d'exercer cet office public, le privilège du testament maritime ne saurait avoir lieu. S'ils en sont incapables, le Français, ne pouvant tester suivant l'usage du pays, puisque nous supposons qu'il n'y a pas, dans cette contrée, d'officiers publics idoines, pourra tester *jure maritimo*.

C'est là une question que nous examinerons dans le commentaire de l'article 999 (3).

ARTICLE 995.

Les dispositions ci-dessus seront communes aux testaments faits par les simples passagers qui ne feront point partie de l'équipage.

SOMMAIRE.

1722. Explication de cet article.

COMMENTAIRE.

1722. Cet article a eu pour effet de faire cesser le doute sur la question de savoir si les simples passagers ne faisant point partie de l'équipage d'un vaisseau, avaient droit de faire un testament maritime. L'art. 2 du t. 11 du liv. 3 de l'ordonnance de 1681 défendait au testateur de disposer, par cette sorte de testament, d'autre chose que des effets qu'il avait

dans le bâtiment ou des gages qui lui étaient dus. On en concluait que ce mode de testament n'était autorisé que pour les gens de l'équipage. Mais cette interprétation avait été déjà combattue par Valin (4) et par Furgole (5). Et aujourd'hui un texte positif permet aux passagers de tester en la forme particulière aux testaments maritimes.

ARTICLE 996.

Le testament fait sur mer, en la forme prescrite par l'article 988, ne sera valable qu'autant que le testateur mourra en mer, ou dans les trois mois après qu'il sera descendu à terre, et dans un lieu où il aura pu le refaire dans les formes ordinaires.

SOMMAIRE.

1723. Durée de la validité du testament fait en mer.

1724. Quoi si, avant l'expiration du délai, le marin

entreprend un nouveau voyage sans avoir refait son testament ?

COMMENTAIRE.

1723. Nous avons vu que, sous l'ordonnance de 1681, ce n'était qu'autant que le testateur

mourait sur mer que son testament pouvait être exécuté (6). Le Code reproduit cette disposi-

(1) Art. 999, C. Nap. *Infra*, n° 1734 et suiv.

(2) Valin, comment. de l'art. 1^{er} du tit. 11 du liv. 3 de l'ord. de 1681.

(3) *Infra*, n° 1738.

(4) Valin sur l'art. 1 du tit. 2 du liv. 3 de l'ord. de 1681.

(5) Furgole, ch. 2, sect. 2, n° 9.

(6) N° 1714.

tion, et, en outre, il prolonge la validité du testament pendant trois mois, à partir du jour où le testateur est descendu à terre et s'est trouvé dans un lieu où il a pu refaire son testament dans les formes ordinaires.

Nous ferons observer, ici, que le Code ne distingue pas entre le marin militaire et le marin de la marine marchande. Il en résulte que le marin des bâtiments de l'Etat, quoique appartenant à l'armée, a, pour refaire son testament, trois mois de moins que le soldat de l'armée de terre. Il est difficile de donner la raison de cette différence.

1724. Il est possible qu'avant l'expiration des trois mois, le marin entreprenne un nouveau voyage, sans qu'il ait refait son testament. Ici se présente la question que nous avons examinée plus haut [1]. Pour la résoudre au point de vue du testament maritime, il faut distinguer entre le marin militaire et le marin mar-

chand. Le premier à qui des ordres sont donnés pour recommencer un voyage et qui est obligé de s'y conformer, se trouve dans la même position que le soldat privé du délai de grâce de trois mois par un fait qui n'est pas le sien; il ne sera pas responsable de l'inobservation de notre article, et il faudra équitablement réunir les deux voyages en un seul.

Il ne saurait en être de même du marin marchand, qui ne commence un voyage que par l'effet de sa propre volonté. Il ne peut, par conséquent, s'imputer qu'à lui-même de n'avoir pas refait son testament dans les trois mois à partir de la fin du premier voyage. Nous n'avons pas besoin de dire que cette dernière solution s'applique aussi aux passagers dont le voyage a été réellement terminé, et qui en entreprennent un deuxième pour leurs affaires ou pour leurs plaisirs.

ARTICLE 997.

Le testament fait sur mer ne pourra contenir aucune disposition au profit des officiers du vaisseau, s'ils ne sont parents du testateur.

SOMMAIRE.

1725. Motifs de cette disposition.

1726. La prohibition s'applique aussi bien au testament olographe fait sur mer qu'au testament maritime.

1727. La disposition faite au mépris de cette prohibition serait seule frappée de nullité.

1728. Exception à la prohibition établie par l'art. 997.

COMMENTAIRE.

1725. Cet article a pour but d'empêcher l'influence des officiers du vaisseau sur l'esprit du testateur. Les officiers du vaisseau sont semblables aux médecins et aux confesseurs [2]; car les circonstances de la navigation leur donnent un empire et une autorité dont la loi a eu raison de se défier. Remarquez, du reste, qu'il ne s'agit pas ici seulement de l'incapacité de l'officier ou des officiers qui reçoivent le testament. La prohibition de cet article, conforme à l'article 3 du tit. 11 du livre 3 de l'ordonnance de 1681, s'applique à tous les officiers. Toute disposition en faveur d'un officier, faite dans un testament reçu en la forme maritime, sera donc nulle, sauf l'exception que nous verrons tout à l'heure [3].

1726. Ce que nous disons du testament spécial fait en mer s'applique au testament olographe qui serait fait pendant la navigation. Notre article est général et absolu, et il embrasse tous les testaments quelconques, sans laisser place à des distinctions. Tel était aussi le droit reçu sous l'ordonnance de 1681 [4]. C'est ce que Valin a très-bien établi par la combinaison des art. 1, 2 et 3. Il n'est pas probable que le Code ait voulu s'écarter de cet usage. La présomption de captation et de suggestion existe d'ailleurs, ainsi que le démontre cet auteur, aussi bien pour le testament olographe que pour le testament reçu en la forme maritime [5].

1727. Du reste, il ne s'agit pas ici de la nullité du testament en entier, mais seulement de

[1] N° 1703.

[2] Art. 909 du C. Nap.

[3] N° 1728.

[4] Valin, *comment.* sur l'art. 3 du tit. 11 du liv. 3.

[5] Valin, *loc. cit.*

la nullité de la disposition faite au profit de l'officier [1].

1728. L'incapacité de recevoir dont sont frappés les officiers d'un navire disparaît s'ils sont parents du testateur. Et par parents nous entendons ici les parents jusqu'au douzième

degré, puisque c'est jusqu'à ce degré seulement que la loi compte les parents dans la succession, et puisque au delà de ce degré la parenté ne produit plus d'effets civils. Autrement il n'y aurait plus aucune limite à assigner à la parenté, qui deviendrait indéfinie [2].

ARTICLE 998.

Les testaments compris dans les articles ci-dessus de la présente section seront signés par les testateurs et par ceux qui les auront reçus.

Si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait mention de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

Dans les cas où la présence de deux témoins est requise, le testament sera signé au moins par l'un d'eux, et il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé.

SOMMAIRE.

1729. De la signature du testateur dans les trois testaments exceptionnels, militaires, faits en temps de peste et faits sur mer.

1730. La plupart des formalités prescrites pour les testaments ordinaires ne sont point applicables en cette matière.

1731. Il n'y a lieu d'observer que les conditions gé-

rales dont la section précédente a fait une règle. — Énumération de ces conditions.

1732. Qu'il s'agit de la date?

1733. Les notaires pourraient-ils recevoir ces testaments exceptionnels dans la forme particulière autorisée par la loi?

COMMENTAIRE.

1729. Cette disposition concerne les trois espèces de testaments dont il vient d'être parlé : testaments militaires, testaments faits en temps de peste, et testaments maritimes.

Ces testaments doivent être signés par le testateur, à moins qu'il ne déclare la cause qui l'empêche de signer, auquel cas il en est fait mention. Celui qui reçoit le testament est tenu de le signer, et, dans le cas où la présence de deux témoins est requise, l'un d'eux au moins devra le signer, et il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé.

1730. Telles sont les formalités prescrites pour les testaments exceptionnels dont il s'agit. Le Code les a rendus aussi simples que possible : il a voulu les dégager de certaines précautions, très-utiles sans doute dans les temps ordinaires, mais dont l'observation eût été trop difficile dans les circonstances de guerre, de peste et de voyage en mer.

Ainsi il ne sera pas nécessaire que le testa-

ment du soldat, du pestiféré, du marin soit dicté comme le testament reçu par acte public dans la forme ordinaire [3]. La pensée du disposant pourra être communiquée à l'officier instrumentaire au moyen d'un écrit ou même de signes [4]. Le droit romain permettait au soldat de tester par gestes [5], et puisque cette manière si souvent éloquente est approuvée par le droit naturel et par la raison, et qu'il est même reconnu qu'une donation entre-vifs peut se faire par gestes [6], on ne comprend pas pourquoi le soldat grièvement blessé, pourquoi le malade frappé par la contagion, ne pourraient pas déclarer par le langage d'action leur suprême volonté, lorsque nous ne trouvons dans la loi aucun texte qui le défend.

Ainsi encore, les fonctionnaires que, dans ces cas spéciaux, la loi charge de recevoir les testaments, pourront se dispenser de les écrire eux-mêmes [7]. Nous avons vu que la loi impose aux notaires l'obligation d'écrire eux-mêmes,

[1] Delaporte, *Pund. françaises*, sur l'art. 997. Coin-Delisle, n° 2, sur l'art. 997. Vazeille, n° 1, sur l'art. 997.

[2] Maleville sur l'art. 997. Duranton, t. IX, n° 167. Voy., contra, Vazeille, *loc. cit.*

[3] Coin-Delisle, n° 9, *Observat. spéciales* à la sect. 2 du ch. 5 du tit. 2 du liv. 3.

[4] Coin-Delisle, *loc. cit.*

[5] *Supra*, n° 1439 et 1538. LL. 1 et 4, D., *De testam. milit.* l. 5. C., *De testam. milit.*

[6] N° 539 et 1137.

[7] Coin-Delisle, *loc. cit.*, n° 8.

alors qu'il s'agit des testaments par acte public [1] et des testaments mystiques [2]; mais ici la loi est muette sur cette obligation. Elle ne peut résulter du sens naturel du mot « reçu » dont se servent les art. 981, 982, 989, 991 et 998 du Code Napoléon. Car ce mot n'a pas ce sens par lui-même, ainsi qu'on peut s'en convaincre par le rapprochement des art. 971 et 972. D'un autre côté, la loi de ventôse an xi, qui s'occupe spécialement des actes « reçus » par les notaires, ne leur impose nulle part l'obligation de les écrire eux-mêmes [3]. Enfin, on peut dire que la loi, en prescrivant expressément dans l'article 998 la signature des fonctionnaires chargés de recevoir les testaments spéciaux, semble ne vouloir rien au delà.

Aussi, enfin, il n'est pas indispensable que l'officier instrumentaire constate que le testament a été lu [4]; cette constatation n'est point commandée par les art. 981 et suivants. La loi suppose que la signature ne sera pas donnée par le testateur et par les témoins sans une lecture préalable; cette signature fait supposer que la lecture a été donnée.

1731. Il y a cependant des conditions générales qui doivent être observées dans les testaments dont s'occupe notre section, parce que la section précédente en fait une règle.

Ainsi, l'art. 967, qui dispense le testament de contenir une institution d'héritier, et l'art. 968 qui prohibe les testaments mutuels conjonctifs, sont applicables [5].

De plus, l'art. 980, relatif à la qualité des témoins, gouverne aussi les testaments spéciaux dont il s'agit [6]. Et l'on ne pourrait plus juger aujourd'hui, comme le faisait le parlement de Toulouse [7], que les témoins d'un testament reçu en temps de peste pourraient être du sexe féminin.

Du reste, quant aux témoins du testament militaire, une instruction donnée par le ministre de la guerre le 24 brumaire an xii [8], rappelle que les témoins doivent être mâles et majeurs.

Les règles tracées par le Code dans l'art. 975, sur la capacité relative des témoins, trouvent aussi leur application en cette matière [9]; et

s'il y avait parmi les témoins un légataire, ou un parent, ou un allié d'un légataire au degré prohibé, malgré sa forme privilégiée le testament serait nul. C'est encore là un des points prévus dans les instructions du ministre de la guerre.

1732. Mais, ces testaments doivent-ils être datés à peine de nullité? L'art. 38 de l'ordonnance de 1735 prescrivait la date pour toute espèce de testament sans distinction. Le Code Napoléon n'en a parlé que pour le testament olographe (art. 970); et quant aux testaments par acte public, ou en forme mystique, la seule disposition expresse qui oblige les notaires à les dater est celle de l'art. 12 de la loi du 25 ventôse an xi. Cependant l'obligation de la date nous paraît indispensable. En général, la date est une formalité essentielle des actes [10]. D'un autre côté, on ne peut supposer que le Code ait eu l'intention de s'écarter de l'usage général suivi au moment de sa promulgation, et si impérativement prescrit par l'ordonnance de 1735. Comment pourrait-on savoir, sans la date, si le testament a été fait dans une expédition ou en temps de peste, ou bien s'il a été fait sur mer pendant un voyage maritime, ou dans un lieu de relâche où se trouvaient les officiers publics dont la présence faisait tomber le privilège du testament maritime? La date est donc une formalité nécessaire, et ce n'est pas recevoir un testament que de le recevoir sans la date qui est destinée à le compléter. Inutile d'observer, du reste, que la date comprend le jour, le mois et l'an, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus [11], et c'est encore ce que fait observer Valin dans un cas analogue [12].

1733. On a demandé si les notaires peuvent recevoir aussi, dans les circonstances prévues par la section II, les testaments spéciaux dont il s'agit, en se conformant aux prescriptions des art. 981 et suivants quant au nombre des témoins. Ils avaient ce pouvoir d'après l'ordonnance de 1735 [13], et il n'y aurait pas de raisonnement plausible de leur contester ce droit aujourd'hui. Ils présentent autant de garantie que l'officier dont s'occupe notre section, et les motifs pour réduire le nombre des témoins sont les mêmes,

[1] N° 1550, sur l'art. 972.

[2] N° 1637, sur l'art. 976.

[3] Voy. l'art. 15 de cette loi. Il y a plus : une délibération de la chambre des notaires de Paris a même autorisé les notaires à faire usage de formules imprimées pour certains actes qu'ils sont appelés à recevoir : tels sont les actes de sociétés commerciales et les actes concernant les administrations publiques et particulières (Devill., 50, 2, 582).

[4] Coin-Delisle, *loc. cit.*, n° 7.

[5] Coin-Delisle, *loc. cit.*, n° 3.

[6] Coin-Delisle, *loc. cit.*, n° 17.

[7] Supra, n° 1707. Arrêt du 15 juillet 1654.

[8] Sirry, au xii, 2, 745.

[9] Coin-Delisle, *loc. cit.*, n° 11.

[10] Valin, *loc. cit.*, sur l'art. 1.

[11] Supra, n° 1479 et 1573.

[12] *Loc. cit.*, art. 1.

[13] Art. 27 et 33.

quelle que soit la qualité du fonctionnaire. Nous ne croyons donc pas que le notaire soit astreint, pour un testament militaire ou un tes-

tament fait en temps de peste, à suivre les règles ordinaires du testament par acte public [1].

ARTICLE 999.

Un Français qui se trouvera en pays étranger, pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'art. 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé.

SOMMAIRE.

1734. De l'application de la règle *locus regit actum* en matière de testament.

1735. Jurisprudence sous le Code Napoléon.

1736. La forme du testament olographe est une forme solennelle qui appartient à la loi du pays où se trouve le testateur.

1737. Néanmoins est valable, par la puissance de la loi du domicile, le testament fait par un Français en pays étranger.

1738. Les chanciers des consulats peuvent-ils recevoir les testaments des Français?

COMMENTAIRE.

1734. Cet article permet au Français qui se trouve en pays étranger de suivre la loi municipale à l'égard du testament olographe. Mais lorsqu'il veut faire un testament dans une autre forme, elle le soumet aux solennités usitées dans le pays qui lui donne asile et protection.

Dans ce dernier cas, le Français est obligé d'emprunter à la souveraineté sous laquelle il vit momentanément, les moyens de constater authentiquement sa volonté. Le droit des gens veut que les actes publics fassent foi, même hors de la souveraineté où ils ont été passés, encore que les parties soient étrangères. Le commerce des peuples serait grandement gêné si celui qui, hors de son pays, ne peut contracter ou tester que par les seules formes qui sont à sa disposition, trouvait les lois de sa patrie incrédules, de telle sorte qu'elles ne lui tinssent pas compte d'un emprunt que la nécessité l'obligeait à faire [2]. De là, la maxime *locus regit actum* [3].

C'est aussi ce qu'avait décidé l'ordonnance de 1735, dont les art. 32 et 37 avaient terminé la grande controverse existant entre les auteurs, pour savoir si le testament devait être réglé par la loi du domicile, celle du lieu de la situation des biens, ou celle du lieu de la confection; ils avaient sanctionné la règle : *locus regit actum*.

1735. Nous citerons ici quelques exemples remarquables de son application sous le Code Napoléon.

Et d'abord, il a été jugé qu'un Français qui est en Angleterre, peut faire son testament suivant les formalités usitées dans ce pays, pour les testaments solennels, et qui consistent dans l'apposition de la signature du testateur et de celle de quatre témoins auxquels le testament a été présenté, sans le concours d'aucun officier public [4].

Un second exemple nous est offert dans une espèce où le testateur avait suivi les formes testamentaires usitées en Hongrie. Il a été jugé que le testament fait par un Français dans ce pays est valable lorsque, conformément à l'ordonnance de Presbourg qui y fait loi, il a eu lieu dans la forme nuncupative devant le juge de la noblesse et un assesseur juré [5].

On trouve, en troisième lieu, un arrêt qui décide qu'un Français étant en Sardaigne, avait valablement fait un testament par acte mystique, quoique le notaire qui l'avait reçu n'eût pas écrit de sa main l'acte de suscription, des lettres patentes du 10 octobre 1840 autorisant les notaires de Sardaigne à se dispenser d'écrire eux-mêmes [6].

Enfin, un arrêt de la cour de Pau, du 26 juil-

[1] Coin-Delisle, n° 19, *loc. cit.* Bayle-Mouillard sur Grenier, n° 278.

[2] Loyseau, *Off.*, t. 1, ch. 6, n° 104.

[3] *Supra*, n° 327. Félix, *Traité de droit international privé*, n° 49.

[4] Rouen, 21 juillet 1840 (*Journal du Palais*, 1840, 2, 728. Devill., 40, 2, 513). Cassat., rej. du pourvoi

dirigé contre cet arrêt, 6 février 1843 (*Journal du Palais*, 1843, 1, 288. Devill., 43, 1, 209).

[5] Cassat., rej. du pourvoi contre un arrêt de la cour de Colmar, 30 novembre 1831 (Devill., 1832, 1, 31).

[6] Paris, 19 avril 1835 (*Gazette des Tribunaux* du 20 avril 1835. Devill., 1835, 2, 570).

let 1835, a déclaré valable le testament d'un Français, fait à la Louisiane, conformément à la loi de ce pays, c'est-à-dire, écrit d'une main étrangère et revêtu de la signature du testateur apposée en présence de cinq témoins [3].

Ces exemples suffiront pour mettre dans tout son jour la règle *locus regit actum*.

1736. La forme olographe étant une forme solennelle dans les pays où elle est autorisée, appartient par conséquent aux étrangers. On a élevé des doutes à cet égard, parce que, dans le testament olographe, le testateur est le ministre de sa volonté et qu'il n'a pas besoin du secours des officiers publics du pays. Mais ce n'est pas là une objection sérieuse. Le testament olographe, quoique écrit par le testateur, n'est pas un écrit sous seing privé ordinaire. Il a une forme solennelle, ainsi que le disait l'article 989 de la coutume de Paris : c'est la loi du pays qui lui imprime ce caractère de solennité. Il appartient donc à l'ensemble des formes publiques et solennelles auxquelles on est obligé de se conformer et qui, du reste, sont toutes égales entre elles, sous le rapport de la créance et de l'autorité [2].

L'ancienne jurisprudence offre différents monuments remarquables qui confirment notre proposition.

Jean Mithau, greffier en chef de la cour des aides de Montpellier, avait fait à Paris un testament olographe qui, ayant été argué de nullité, fut déclaré valable par arrêt du parlement de Toulouse du 10 février 1734 [5].

Par arrêt du 15 juillet 1777, il fut aussi décidé au parlement de Paris, qu'un testament olographe fait à Paris par l'évêque de Valence était valable, quoique le défunt eût été de son vivant domicilié en pays de droit écrit [4].

Enfin, par arrêt de rejet de la cour de cassation du 22 prairial an xii, le testament que M. Brunel, membre de la Convention, domicilié à Béziers, avait fait à la Conciergerie de Paris en la forme olographe, le 15 brumaire an ii, fut pareillement déclaré valable [5].

Sous le Code Napoléon la question ne saurait recevoir une autre solution, et c'est ce que prouvent de nombreux monuments de jurisprudence.

Ainsi, il a été jugé qu'un Anglais voyageant en France peut y tester dans la forme olographe, bien que les lois de son pays n'admettent pas cette forme, et que l'exécution de son testament doit être ordonnée par les tribunaux français [6]. Mais il faut alors que les prescriptions requises par le Code, pour la validité du testament olographe, aient été fidèlement observées à peine de nullité [7].

1737. Ce point de droit, si simple du reste, avait été contesté par Ricard, qui n'était pas remonté aux véritables principes de la matière [8]. Mais, cet auteur avait ouvert un point de vue ingénieux, en ce qui concerne le testament olographe fait par un Français dans un pays où cette forme n'est pas adoptée. Il pensait qu'en ce cas le testament olographe était valable par la puissance de la loi du domicile. Le testateur, disait-il, est seul le ministre de ses dispositions ; il tient de la loi municipale la capacité de tester et le caractère nécessaire pour imprimer la solennité de sa volonté. Ce caractère est comme inhérent et attaché à sa personne ; il peut en user où il se trouve, parce qu'il en est partout accompagné. Mais, cette opinion, bien qu'approuvée par Boullenois [9], était assez généralement repoussée dans l'ancienne jurisprudence.

Furgole [10] combattait Ricard, qu'il mettait en contradiction avec lui-même, en lui opposant un passage de son traité *Des donations* [11]. C'était aussi l'avis de Potbier [12]. Le foudement de cette manière de voir était la stricte application de la règle *locus regit actum*. Cette règle semblait mettre un obstacle invincible à ce qu'on pût faire un testament olographe dans un pays où cette forme était proscrire.

M. de Pomereuil, domicilié à Paris, avait fait un testament olographe dans la ville de Douai, où cette forme de testament n'était pas reçue.

[1] Devill., 1855, 2, 571.

[2] Conclusions de l'avocat général Gilbert des Voisins (affaire Pommeréuil) (Merlin, Répert., t. XVII, v° Testament, p. 731, col. 1 et 2).

[3] Furgole, eb. 2, sect. 2, n° 22.

[4] Ancienne Gazette des Tribunaux.

[5] Merlin, Répert., t. XIII, v° Testament, p. 745.

[6] Paris, 7 juillet 1845, et cassat., 23 août 1847 (Deville, 1847, 1, 712).

[7] Paris, 25 mai 1852 (aff. Couilly) (Journal du Palais, 1852, 2, 232). Cassat., rej. du pourvoi contre cet arrêt, 9 mars 1855 (Journal du Palais, 1855, 2, 180). Arrêt de la cour de Paris, du 21 juin 1850 (aff. Branson) (Journal du Palais, 1850, 2, p. 187). Trib. de 1^{re} inst. de la Seine, 21 juin 1836 (aff. Forster)

(Gazette des Tribunaux, n° 211). Merlin, Répert., v° Testament, sect. 2, § 4, art. 1, n° 3, p. 745. Faix, Droit international, n° 55. Supra, n° 327, 1465.

[8] Ricard, dissertation posthume imprimée à la suite de son traité du Don mutuel, ch. 7, n° 311.

[9] Des statuts réels et personnels, part. 2, t. II, ch. 5, observ. 34.

[10] Ch. 2, sect. 2, n° 22.

[11] Part. 1, n° 1580. Dans ce passage, Ricard soutient que la date est requise au testament olographe pour juger de la validité et pour reconnaître si les lois qui s'observent dans le lieu où il a été fait permettent de faire un testament olographe.

[12] Traité des donat. testam., ch. 1, art. 2, § 1.

Par arrêt du parlement de Paris du 25 janvier 1721, le testament fut annulé [1]. Les conclusions de l'avocat général Gilbert des Voisins [2], conformes à l'arrêt, roulent sur cette idée que la validité de l'acte doit se juger par la loi du lieu où il a reçu l'existence.

Plus anciennement un arrêt du parlement de Paris, du 10 mars 1620, avait jugé qu'un testament olographe fait à Bruxelles par un domicilié à Paris était absolument nul [3].

De même, un autre arrêt du parlement de Paris annula le testament d'un Parisien fait sous la forme olographe à Rome, où elle n'est pas admise [4].

Enfin, un arrêt de cassation du 20 août 1806 déclara nul le testament fait à Bordeaux, en la forme olographe, par un marchand de Paris [5]; Bordeaux, étant un pays de droit écrit, ne reconnaissait pas la forme olographe [6].

Quelle que soit la gravité de cette jurisprudence, l'art. 999 du Code Napoléon ne s'y est pas conformé; il a donné la préférence à l'opinion de Ricard. Une exception notable a été faite à la règle *locus regit actum*. Entre le testament olographe et le testament par acte public fait en pays étranger, il y a cette différence que les tribunaux français doivent juger de la validité du testament olographe par la loi du domicile, qui est la loi française, tandis qu'ils doivent juger du testament par acte public par la loi du pays où il est fait.

Cette différence s'explique par de très-bonnes raisons. Le Français qui a fait son testament olographe en pays étranger est resté fidèle à sa loi municipale; il n'a pas eu besoin du concours de l'autorité du pays où il se trouve; il s'est souvenu de sa loi d'origine; il a profité d'un bénéfice qu'elle lui accorde, et plus il lui a donné la préférence sur des formes étrangères, plus il doit être protégé par elle, à cause de l'appui qu'il lui a demandé pour ses dernières volontés. Son testament est tout à fait français, puisqu'il est l'expression de la volonté d'un Français, et qu'il a eu ce Français pour ministre. Une main étrangère n'y a pas pris part. Pourquoi donc une loi étrangère serait-elle invoquée pour le juger et l'annuler? Au contraire, lorsque le Français hors de sa patrie fait un testament qui a besoin

du secours de l'autorité étrangère, il faut qu'il fléchisse devant cette autorité qui le protège; il faut qu'il en adopte les formes et les solennités.

1736. C'est ici le moment de s'occuper de la question que nous avons annoncée plus haut [7], et qui consiste à savoir si les chanciers des consulats sont investis de la capacité de recevoir, en présence du consul et de témoins, les testaments des Français.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1681, cette question était tranchée par l'art. 24 du l. 11 du livre 1^{er} de cette ordonnance, ainsi conçu : « Les testaments reçus par le chancelier dans « l'étendue du consulat, en présence du consul « et de deux témoins et signés d'eux, sont réputés solennels. »

Mais le Code Napoléon n'ayant point reproduit cette disposition dans le chapitre que nous commentons et qui contient une codification complète des testaments, on a douté de la capacité des chanciers et des consuls pour la réception des testaments faits par les Français voyageant ou résidant à l'étranger. On a surtout argumenté [8], dans ce système, de l'art. 999 qui règle spécialement les conditions du testament fait par le Français en pays étranger et qui, par son silence sur la compétence des chanciers, paraît abroger implicitement les dispositions de l'ordonnance de 1681 à leur égard. En outre, comme la loi du 30 ventôse an xii (21 mars 1804), porte que les ordonnances, règlements et coutumes cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui font l'objet du Code, on a considéré l'ordonnance de 1681 comme formellement abrogée par l'article 999, qui ne prescrit pour le Français que deux modes de tester en pays étranger.

C'est ce qu'a jugé le tribunal de la Seine [9] au sujet du testament du général Dugommier, reçu le 10 thermidor an xiii, à la chancellerie du consulat d'Amsterdam. Ce jugement, en date du 19 mars 1823, annula le testament par le motif que, n'étant dans aucune des formes prescrites par l'art. 999, il ne pouvait valoir ni comme testament olographe, ni comme testament solennel.

Nous ferons remarquer que, sur l'appel, la

[1] Furgole, *loc. cit.*, Brillon, *vo Testament*, n^o 12, 15, 14.

[2] Voy. ces conclusions au t. XVII du *Répert. de jurispr.* de Merlin, *vo Testament*, p. 750 à 752.

[3] Merlin, *Rep. de jur.*, t. XIII, *vo Testament*, col. 2, p. 444.

[4] Arrêt du 14 juillet 1722 (*Journal des Audiences*, t. VII), Pothier, *loc. cit.*

[5] Merlin, *loc. cit.*, p. 746, col. 1.

[6] Voy. toutefois un arrêt du parlement de Paris, du

30 avril 1625, cité par Brillon, *vo Testament*, p. 588, col. 2. Cet arrêt valide le testament olographe d'un Poitevin qui, par la loi de son domicile, pouvait tester en cette forme, et qui avait ainsi testé en Angoumois.

[7] N^o 1721.

[8] Grenier, n^o 280, Duranton, t. IX, n^o 160, Vazeille, n^o 2, sur l'art. 994, Ponthot, n^o 4, sur l'art. 997.

[9] 19 mars 1823 (*Journal du Palais*, t. XIX, p. 853).

question, quoi qu'on en ait dit [1], est restée indécidée, et si ce jugement a été confirmé, c'est par des raisons qui n'ont pas trait à notre difficulté [2]. L'appelant devant la cour avait soutenu que le 10 thermidor an xiii, date de la réception du testament, le Bulletin des lois et la partie du Code Napoléon concernant les donations et testaments n'avaient point encore été transmis au consulat d'Amsterdam; qu'il n'y avait point eu, par conséquent, de promulgation de la disposition qui abrogeait l'ordonnance de 1681; qu'ainsi le chancelier du consulat n'ayant point cessé d'être investi des pouvoirs qui lui étaient conférés par l'ordonnance de 1681, avait pu recevoir valablement le testament du général Dugommier.

Or, c'est en se plaçant dans cette hypothèse, la plus favorable à l'appelant, que la cour, sans entrer dans l'examen de la question de la capacité du chancelier, prononça, par un autre moyen, la nullité du testament. Elle se fonda sur ce que, bien que l'ordonnance exigeât la signature du consul à peine de nullité, le testament du général Dugommier n'était pas signé par ce fonctionnaire.

Quoi qu'il en soit de ces décisions, il est certain que des doutes sérieux régnaient dans les esprits, et le ministère des affaires étrangères lui-même semble les avoir partagés un instant; car il prescrivit, le 2 novembre 1815, aux chanceliers des consulats de s'abstenir provisoirement de recevoir les testaments.

Mais cette abstention fut trouvée gênante par

nos nationaux voyageant à l'étranger; des réclamations s'élevèrent et la question fut soumise à une étude longue et réfléchie [3]. Enfin, le 22 mars 1834, une circulaire du ministre des affaires étrangères, concertée avec le garde des sceaux, a rapporté la décision de 1815 et donné ordre aux chanceliers de recevoir désormais, comme auparavant, les testaments des Français, conformément à l'ordonnance de 1681.

Des considérations puissantes justifient la compétence de ces officiers. Refuser aux chanceliers de consulat le droit de recevoir des testaments, c'est, dans certains pays, tels que le Levant et la Barbarie, enlever la faculté de tester au Français qui ne sait pas écrire; c'est l'exposer, dans tous les cas, aux vices de forme résultant de l'inexpérience des officiers étrangers, souvent peu capables. D'un autre côté, on ne saurait voir une abrogation de l'ordonnance de 1681 dans l'art. 999 du Code; car, à l'époque de la rédaction de cet article, la compétence des consuls était en pleine vigueur dans les pays étrangers, et notre article l'a maintenue par la disposition qui autorise le Français à tester avec les formes « usitées » dans le lieu où l'acte est passé. Comment supposer que l'intention du Code aurait été d'abroger (et d'abroger sans le dire) l'ordonnance de 1681, fondée sur les plus rigoureuses nécessités?... Comment croire qu'il aurait voulu enlever au Français, voyageant en pays étranger, un moyen de tester qui offre beaucoup plus de garantie que l'acte du pays où il se trouve [4]?

[1] Coin-Delisle, n° 15, sur l'art. 999. Bayle-Monillard sur Grenier, note c du n° 280.

[2] Paris, 27 août 1825 (*Journal du Palais*, t. XIX, p. 833).

[3] Instruction spéciale du 30 novembre 1833 (Haute-cour, *Traité de commerce*, t. X, p. 243).

[4] Voy., en ce sens, Delaporte, *Fond. françaises*, n° 303, sur l'art. 994. Delvincourt, t. II, note 7, sur la p. 88. Merlin, *Répert.*, t. XVII, v° *Testament*, p. 745, col. 2. Dalloz, *Jurisp. gén.*, ch. 6, sect. 6, n° 4. Coin-Delisle, n° 8 et suiv., sur l'art. 999. Mareadé, t. IV, n° 89.

Voici, du reste, le texte même de la circulaire du 22 mars 1834 :

« Paris, le 22 mars 1834.

« Monsieur, l'instruction spéciale approuvée par le roi, le 30 novembre dernier, relativement aux actes et contrats passés dans les chancelleries consulaires, vous a fait connaître que l'on s'occupoit d'examiner de nouveau la question de savoir si les chanceliers pouvaient recevoir les actes du dernière volonté, qualifiés de « testaments » par l'ancienne jurisprudence, et que le Code civil appelle « testaments par acte public. »

« Cet examen est terminé, et il en résulte que la circulaire ministérielle du 2 novembre 1815 doit être considérée comme non avenue. Elle ne se fonde, en effet, monsieur, pour inviter provisoirement les consuls à s'abstenir de prêter leur ministère, en ce qui concerne

les testaments, que sur l'article 999 du Code civil, qui aurait établi une nouvelle forme pour la réception de ces actes à l'étranger, et sur l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an xii (21 mars 1804), portant que les ordonnances, règlements et coutumes cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui font l'objet du Code civil. Or, une plus mûre appréciation de ces deux dispositions a conduit à reconnaître qu'en admettant que l'art. 999 du Code civil compense les testaments reçus par les chanceliers, ce ne peut être que pour les consacrer implicitement, puisqu'il dit qu'un Français à l'étranger pourra tester par acte authentique, « avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé, » et que la réception des testaments par les chanceliers de consulats était précisément un de ces formes usitées à l'époque où fut promulgué l'art. 999; qu'en supposant, au contraire, que ce même article ne concerne pas les testaments reçus par les chanceliers, l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an xii n'est pas alors applicable dans l'espèce, puisqu'il n'a trait qu'aux matières qui font l'objet du Code civil. Ainsi donc, et malgré l'opinion émise dans la circulaire du 2 novembre 1815, nous avons pensé, M. le garde des sceaux et moi, que nos lois nouvelles n'ont réellement porté aucune atteinte au droit accordé aux chanceliers de consulats par l'art. 24 (t. IX, liv. 1) de l'ordonnance de 1681.

« J'ai mis cette décision sous les yeux du roi, et je lui ai, en même temps, exposé les inconvénients de l'état des choses actuel. Sa Majesté a considéré que, suspen-

des plus longtemps l'exercice d'une attribution qui appartient depuis si longtemps aux chanceliers, c'est dans certains pays, notamment au Levant et en Barbarie, priver absolument de la faculté de tester les Français qui se trouvent hors d'état de le faire par acte olographe, et que c'est les exposer, même dans les pays dont les institutions et les mœurs sont plus rapprochées des nôtres, aux nullités qu'entraîne une rédaction vicieuse, puisqu'ils se voient forcés de recourir à des officiers auxquels on ne doit généralement supposer ni une connaissance suffisante de nos lois, ni même une intelligence parfaite de nos termes de jurisprudence. L'intention du roi est donc que, rentrant en possession du droit que leur a conféré, dans l'intérêt de nos nationaux, l'ordonnance de 1681, les chanceliers reçoivent désormais, comme avant 1815, les testaments des Français qui s'adresseront à eux pour tester par acte public.

• Les formes prescrites par l'art. 24 (t. IX, liv. I) de cette ordonnance seraient alors strictement observées, c'est-à-dire que les consuls devraient être présents, ainsi que deux témoins, qui signeraient avec le consul et le chancelier.

• Les testaments seraient reçus en minute, sur feuilles volantes, et inscrits sur les registres-minutes, conformément à l'instruction royale du 30 novembre 1833. Quant aux témoins qui assisteront à la réception des testaments, ils devront, autant que possible, remplir les conditions prescrites par l'art. 980 du Code civil, et être, de plus, immatriculés au consulat.

• Sa Majesté a pensé, d'ailleurs, que la faculté de recevoir les testaments suivant la forme solennelle, n'étant accordée aux chancelleries que dans l'intérêt des Français qui ne sauraient recourir à un autre mode pour la constatation de leurs dernières volontés, il rat dans l'esprit de l'ordonnance de 1681 que les consuls invitent les personnes qui se présenteraient pour tester à faire, de préférence, toutes les fois qu'elles en auront la possibilité, des testaments olographes, dont le dépôt seulement serait effectué en chancellerie.

• Il peut également arriver, monsieur, que des Français, voulant faire leur testament dans la forme mystique, s'adressent aux chancelleries consulaires; les chanceliers, assistés des consuls, se conformeront alors aux art. 976, 977, 978 et 979 du Code civil. L'acte de souscription sera signé, tant par les témoins, dont le nombre sera celui qui est fixé par l'art. 976, que par les consuls et les chanceliers, et il fera mention de leur présence à toute l'opération.

• Enfin, monsieur, les consuls et les chanceliers se conformeront, pour la garde, et, s'il y a lieu, pour la transmission en France des testaments, tant solennels que mystiques, déposés en chancellerie, aux dispositions que prescrit, relativement aux testaments olographes, l'instruction royale du 30 novembre 1833.

• Il est bien entendu que la présence des consuls à la réception des testaments est indispensable, lors même que leur chancelier est nommé par le roi.

• Vous voudrez bien, monsieur, m'accuser immédiatement réception de cette circulaire, et la faire enregistrer dans votre chancellerie.

• Recevez, monsieur, etc.

« Signé : V. BACQUE. »

Parmi les considérations que cette circulaire fait valoir, il en est une qui m'a paru avoir besoin d'explication. Comment se fait-il qu'au Levant et en Barbarie les Français soient absolument privés de la faculté de tester selon les lois du pays? N'y a-t-il pas sur les lieux des officiers publics indépendants compétents pour recevoir les testaments des nationaux et des étrangers?

Voici la note que M. de Lamoignon, directeur des consuls, a bien voulu me transmettre sur ce point :

• Si les officiers publics étrangers (on veut sans doute parler des cadis et de leurs substitués, puisqu'il s'agit pour nous du Levant et de la Barbarie) avaient la faculté de recevoir les testaments des Français, les plus graves inconvénients résulteraient de cet état de choses. En effet, ces fonctionnaires sont trop ignorants de nos lois; ces lois diffèrent trop des leurs; ces agents de l'autorité, généralement dominés par la cupidité, sont trop faciles à séduire; ils nourissent trop de haine, trop de mépris pour les chrétiens; ils sont enfin trop pénétrés de la légitimité du droit d'inhumation, pour qu'on puisse confier sans danger à leur fidélité des actes d'où dépendent la fortune et le sort des familles. Les agents diplomatiques, négociateurs des traités de la France avec la Porte, ont été tellement imbus de cette vérité, qu'ils semblent n'avoir été préoccupés dans leurs stipulations que d'une seule idée, celle d'empêcher les dépositaires de l'autorité civile et militaire mahométane de s'immiscer dans les affaires des Français. Ils ont voulu écarter de leurs latérites une main avide et spoliatrice; ils les ont ainsi construits, autant qu'ils l'ont pu, à l'action de la justice locale, et les ont rendus justiciables des lois de leur propre pays. L'article 22 des Capitulations, qui se rattache jusqu'à un certain point à la présente question, porte : « Si un Français vient à mourir, ses biens » et effets, sans que personne puisse s'y ingérer, seront » remis à ses exécuteurs testamentaires; et, s'il meurt » sans testament, ses biens seront donnés à ses com- » patriotes par l'entremise de leur consul, sans que les » officiers du fisc et du droit d'inhumation puissent les in- » quêter. » La défense répétée, pour tous les officiers civils et militaires mahométans, de s'immiscer, de s'ingérer dans les affaires des Français, forme le texte de chaque clause de ces Capitulations. En vérité, quand on lit ces traités, on se demande comment les sultans qui y ont apposé leur sceau ont pu sanctionner ainsi ces stipulations, reconnaisseurs implicites de l'infirmité, de la vénéralité des agents de leur autorité. La tradition dogmatique s'a point oublié le mot d'un fonctionnaire mahométan à un interprète qui le pressait, au nom de son consul, de terminer une affaire : « Ecoutez, monsieur » l'interprète, lui dit-il, tout que votre consul ne m'aura » point fait rougir (à l'aura point humilié mon bon vou- » loir par des présents), son affaire ne sera point menée » à bonne fin. » Ce que nous disons les agents de l'autorité civile et militaire et des magistrats s'applique également aux officiers publics, aux notaires. La réception des testaments entre d'ailleurs, comme je l'ai dit, dans les attributions des cadis et de leurs substitués. Ainsi, quand la Porte a accepté le rejet par nous de l'intervention de ses fonctionnaires dans la plupart des transactions de nos nationaux, transactions qui, dans d'autres pays, sont du ressort de la justice locale, pourquoi irions-nous spontanément au-devant d'un danger que nous pouvons éviter? Pourquoi confierions-nous le dépôt de nos dernières volontés à des officiers suspects? Nous ne craignons point de l'affirmer : si les cadis ou leurs substitués, ou tous autres officiers publics, étaient mis en possession du droit de recevoir les testaments des Français, la garde de ces actes solennels ne leur serait pas plus sacrée que celle des prisonniers chrétiens, si souvent sacrifiés par leur fanatisme barbare. Que si l'on objecte qu'un Français, établi au Levant ou en Barbarie, et habitant quelque localité isolée, peut, en l'absence de toute autorité consulaire, se trouver dans la nécessité de recourir, pour tester ou passer tout autre acte au ministère du cadis, nous répondrons qu'il est rare qu'un Européen s'expose à vivre ainsi seul et perdu, pour ainsi dire, au milieu de populations fanatiques et malveillantes; et que, si quelques familles européennes (non au seul individu) offrent quelque exemple de cet isolement, certes ces familles se garderaient bien, pour faire

ARTICLE 1000.

Les testaments faits en pays étranger ne pourront être exécutés sur les biens situés en France, qu'après avoir été enregistrés au bureau du domicile du testateur, s'il en a conservé un, sinon au bureau de son dernier domicile connu en France ; et dans le cas où le testament contiendrait des dispositions d'immeubles qui y seraient situés, il devra être, en outre, enregistré au bureau de la situation de ces immeubles, sans qu'il puisse être exigé un double droit.

SOMMAIRE.

1739. Les formalités prescrites par cet article sont purement extrinsèques.

COMMENTAIRE.

1739. Il est visible que cette disposition ne concerne que l'exécution du testament et ne touche pas à sa validité.

ARTICLE 1001.

Les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les dispositions de la présente section et de la précédente, doivent être observées à peine de nullité.

SOMMAIRE.

1740. Importance des formalités prescrites par la loi pour la confection des testaments.

1741. Dans le doute sur l'exécution d'une formalité, doit-on se prononcer pour ou contre la validité du testament ?

1742. Le testament nul pour défaut de solennité ne peut produire aucun effet.

1743. Pourquoi cependant le testament, nul comme mystique, peut valoir comme olographe ?

1744. De la durée de l'action en nullité d'un testament.

1745. La partie qui a approuvé un testament, ou qui l'a exécuté, ou qui a transigé sur cet acte, est-elle non recevable à l'attaquer ?

1746. Suite.

1747. La renonciation à attaquer un testament peut ré-

sulter d'un acte ou d'un fait qui la renferme implicitement.

1748. Il ne suffit pas qu'il soit établi, dans ce cas, que la partie à laquelle on oppose ce fait ait connu le testament. — Distinction à faire.

1749. Est-ce au demandeur en nullité à prouver qu'il a reçu le legs sans connaissance de cause ?

1750. La question de savoir s'il y a eu ou non approbation du testament sera souvent une question de fait.

1751. Un testament nul pour défaut de forme ne peut être validé par aucun acte.

1752. Si le testament nul par défaut de forme produit une obligation naturelle ?

COMMENTAIRE.

1740. La rigueur avec laquelle le Code prononce la nullité des testaments pour les moindres contraventions aux formalités qu'il prescrit, prouve l'importance qu'il y attache ; et, certes, ce n'est pas sans de graves motifs qu'on

a eu devoir faire dépendre de solennités extraordinaires les volontés des mourants. Les législateurs de tous les temps ont senti que ce n'était que par ce moyen qu'on pouvait empêcher les fausses impressions et les suggestions

constater la naissance ou le décès d'un des leurs, ou pour passer tout autre acte, de s'adresser au radi ou à ses substitués ; les membres de cette famille se transporteront dans la résidence consulaire la plus voisine pour accomplir les formalités qu'exigent les lois de leur pays. La même question, relative à la réception des testaments par les officiers publics mahométans, fut agitée il y a quelques années et résolu d'une manière affirmative.

Après de plus mûres réflexions, le gouvernement ne tarda pas à revenir sur sa décision. Dans toutes les Echelles du Levant et de la Barbarie où résident des consuls, la réception des testaments par les chanciers, en présence des consuls et de deux témoins, est le seul mode qui offre au testament européen des garanties suffisantes.

qui assiégent plus particulièrement ceux qui disposent pour le temps où ils ne seront plus [1].

On sait, en effet, combien de ressorts sont mis en mouvement par ces hommes avides que les Romains flétrissaient du nom « d'hérédipètes, » et qui faisaient métier de dépouiller, par des capitations ou des fabrications coupables, les héritiers du sang. En Grèce et à Rome, cette race d'hommes pullulait. Plutarque [2] disait d'eux : « *Arena, pulvis, pennis arium* » *varias voces edentium, minore numero quam* « *qui alienas hereditates aubunt.* »

Ils sont heureusement plus rares aujourd'hui ; mais il n'en existe encore que trop pour le repos des familles. Il fallait donc prémunir le testateur contre leurs perfides machinations, et l'on ne pouvait y parvenir qu'en prescrivant de scrupuleuses solennités ! En vain un testateur irréfléchi dira-t-il que ces formalités sont gênantes et minutieuses, comme celui dont parle Scævola [3], qui dans son testament appelait *nimiam ac miseram diligentiam* la prévoyance de la loi. Mais celui qui sait voir la raison des choses dans les affaires qui intéressent la société, applaudira à la sagesse de ces rites extérieurs, qui sauvent de sa propre faiblesse et des pièges de la cupidité l'homme qui va dicter la loi à sa famille pour le temps où il ne sera plus [4].

Ricard [5] ne partage pas cependant cette opinion ; il pense au contraire que, dans l'usage, toutes ces solennités sont plutôt des pièges tendus à la bonne foi, d'autant qu'elles ne dépendent pas tant du testateur que de la personne publique qu'il emploie pour recevoir son testament, laquelle, par un défaut de mémoire ou une légère inadvertance, sera cause que les volontés les plus constantes et les plus favorables demeureront sans effet ; tandis que celui qui veut supposer un testament à un autre, ou l'exiger par surprise, ne manque pas de faire pratiquer soigneusement ce qui regarde la forme.

Mais on peut répondre que si les précautions prises par la loi ne préviennent pas toujours les pièges de la cupidité, elles sont le plus souvent une garantie de l'indépendance du testateur, et

rendent beaucoup plus difficiles et par conséquent beaucoup plus rares les tentatives de l'homme cupide. D'ailleurs, comme le droit de tester est presque un acte législatif qu'exerce le testateur, il a été sage de le contraindre à l'observation de certaines solennités dont la difficulté lui fasse bien sentir toute l'importance de ce qu'il va faire ; car, où ne pourrait pas aller l'imprévoyance de l'homme, si la loi qui veille pour lui ne s'attachait pas à lui rappeler sans cesse tout ce qu'il doit apporter de réflexion, de jugement dans les actes les plus graves de la vie ? Plus une chose est difficile, plus on met de réflexion à la tenter ; et dès lors n'est-on pas convaincu sans peine qu'il y a plus de philosophie qu'on ne croit dans les vues du législateur qui, par ce moyen, a voulu s'assurer de la plénitude de la volonté du disposant ?

1741. Ces considérations, qui tiennent plus à la théorie des lois qu'à leur application, nous conduisent à une question de pratique fort importante, savoir si, dans le doute sur l'exécution d'une formalité, on doit se prononcer pour le testament ou contre sa validité.

Nous avons fait connaître ci-dessus [6] les graves autorités qui ont décidé que tout ce qui laissait un doute raisonnable sur l'observation des formalités testamentaires devait être interprété contre la validité du testament. « En « effet, dit Merlin [7], quand les testaments « sont-ils favorables ? C'est lorsque, parfaite- « ment réguliers dans leurs formes, il ne s'agit « que de savoir ce qu'a voulu le testateur. Mais « il n'en est pas de même lorsque le doute « tombe sur la régularité du testament. Comme « le testament tire toute sa force de la solennité, et que toute la solennité consiste dans « l'observation exacte des formes prescrites par « la loi, c'est en faveur de l'héritier légitime « que ce doute doit être résolu, parce que du « seul fait qu'il est douteux si les formes ont « été bien observées, naît la conséquence qu'il « est incertain si le testament existe, et que, « dans cette incertitude, la succession ne peut « appartenir qu'à l'héritier légitime. »

Toullier [8] néanmoins enseigne une opinion contraire, ainsi que nous l'avons vu ci-des-

[1] C'est la pensée qu'a eue, sur un semblable sujet, Wissembach en ses *Paratitiles, De verbor. obligat.*, n° 12, lorsque, parlant des formes que le droit romain avait introduites pour soutenir les stipulations, il dit : « *Et* » *hæc quoque omnia sapienter exposita sunt, ut vide-* » *liet appareat ex presentia partium, item verbis scri-* » *tae et idoneis et ordine interrogationis et responsionis* » *continuo, contrahentes sponte et re deliberata ad fa-* » *ciendum obligationem necessariæ, præcisi omni in po-* » *terum calumniandi anxi quasi minus ex omni fuerit* » *contractus.* »

[2] *De amore prodii*, n° 17.

[3] L. 88, § 17, D., *De legat. et fiduciis*, 2° : « *Lu-* » *cius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo* » *jurisperito, rationem animi mei potius secutus quam* » *nimiam ac miseram diligentiam.* »

[4] Domou, *Comm.*, liv. 6, ch. 6, n° 1. Hiltiger sur *Donau*, loc. cit., note 2.

[5] *Part. 1*, n° 1390.

[6] N° 1353.

[7] *Repert.*, v° *Test.*, sect. 2, § 2, art. 4, p. 616, col. 2.

[8] T. V, n° 430 in fine.

sus [1]. Il se fonde sur l'art. 1157 du Code Napoléon, qui est tout à fait étranger à la matière. Nous ne répéterons pas ici tout ce que nous avons dit [2] pour le réfuter, en prouvant que sa doctrine répugne aux principes et à la jurisprudence de la cour de cassation.

1742. Lorsqu'un testament par acte public est nul par défaut de solennité, il ne peut produire aucun effet, ni comme testament, ni comme commencement de preuve par écrit. Car le défaut de solennité lui ôte même la preuve d'une nue volonté. *Quod nullum est nullum producit effectum.*

Si le contrat, nul comme acte public, vaut néanmoins comme acte sous signatures privées, lorsqu'il est revêtu des signatures des parties, c'est que cette forme nouvelle, dans laquelle l'acte se métamorphose, convient parfaitement aux actes qui contiennent des contrats entre-vifs. Mais, dans le testament, où une pareille forme est proscrite, où le législateur n'a voulu voir sous cette écorce aucune volonté légale, on ne peut y ajouter la moindre confiance, et ce serait éluder la loi et forcer témérairement la volonté du testateur que de vouloir faire servir comme acte public ordinaire ce qui n'était destiné à valoir que comme disposition à cause de mort. C'est d'après ces principes que la cour de Turin a jugé [3] « qu'un testament nul comme testament public ne peut, quoique « signé du testateur, valoir comme acte sous « signature privée; qu'il n'y a pas lieu d'appli- « quer dans ce cas l'art. 1518 du Code Napo- « léon, et que le testament ne peut pas même « valoir comme commencement de preuve par « écrit. » C'est encore avec autant de raison que la jurisprudence, ainsi que nous le verrons plus bas [4], a reconnu par de nombreux arrêts [5] qu'un testament authentique, nul comme testament, ne pouvait valoir comme acte notarié pour révoquer un testament précédent. Bien plus, la cour de cassation, rejetant le pourvoi contre un arrêt de Dijon, du 25 mars 1815, a jugé que, lorsqu'un testament était nul par défaut de forme, on ne pouvait y recourir en aucune manière pour y puiser des éclaircissements [6]. Nul par défaut de forme, il ne fait preuve de

rien; il est mort-né; il est réduit *ad non esse*.

1743. Nous avons dit cependant [7] que le testament mystique, nul comme tel, peut valoir comme olographe, lorsqu'il est tout entier écrit, daté et signé de la main du testateur. Cette doctrine n'est pas contraire à ce que nous venons de dire. En effet, en élaguant la forme mystique, il reste toujours un testament olographe dans une forme reconnue par la loi; il y a donc encore une preuve entière de la volonté du disposant, suivant les solennités du droit.

Du reste, la conversion du testament mystique en testament olographe ne pourrait éprouver le moindre doute, si le testament olographe, nul comme tel, contenait la clause que nous pourrions appeler, quoique improprement, clause codicillaire, à l'exemple de celle dont nous avons dit un mot, par laquelle le testateur déclarait vouloir que, si son testament ne valait pas en telle forme, il valût comme codicille [8]. Ainsi, si le testateur déclarait vouloir que son testament valût *omni meliore modo*, il n'y a pas de doute que, nul comme mystique, il ne valût comme olographe [9].

1744. On a demandé quelle était la durée de l'action en nullité d'un testament, et il a pu sembler d'abord qu'aux termes de l'art. 1504 du Code Napoléon, la durée de cette action fut de dix ans. Mais un arrêt de Bordeaux [10] a décidé avec raison que l'article 1504 n'est pas applicable aux testaments. Cet article, en effet, fait partie du livre III, titre III du Code Nap., relatif aux contrats et obligations conventionnelles, et il ne dispose que pour le cas où il s'agit d'une action en rescision ou en nullité d'une convention; en conséquence, la prescription qu'il établit, étant relative à un cas spécial, ne peut être appliquée aux nullités qui concernent les testaments. Il n'en serait pas de même, toutefois, s'il s'agissait d'une donation. La donation est un acte synallagmatique qui conserve toujours le caractère de contrat et d'obligation conventionnelle, et l'on comprend qu'il ait pu être fait application aux donations de l'art. 1504, et que l'on ait jugé l'action en nullité d'une donation susceptible d'être prescrite au bout de dix années [11].

[1] N° 1554.

[2] N° 1554.

[3] Turin, 14 mars 1807 (Devill., 2, 2, 212).

[4] N° 2050, art. 1035.

[5] Poitiers, 29 août 1806 (Devill., 2, 2, 170). Turin, 4 avril 1807 (Devill., 2, 2, 221). Limoges, 8 juillet 1808 (Devill., 2, 2, 412). Limoges, 25 mars 1809 (Devill., 3, 2, 45). Turin, 19 mars 1810 (Devill., 3, 2, 231). Angers, 24 mai 1822 (Devill., 7, 2, 74). Bordeaux, 25 août 1832 (Devill., 32, 2, 16). Toulouse, 12 août 1831 (Devill., 32, 2, 586). Aix, 5 avril 1834

(Devill., 36, 1, 174). Cassat., 4 novembre 1811 (Devill., 5, 1, 418). Cassat., 20 février 1831 (Devill., 6, 1, 383). Cassat., 2 mars 1836 (Devill., 36, 1, 174).

[6] Cassat., rej., 21 novembre 1814 (Devill., 4, 1, 632).

[7] N° 1634.

[8] Voy., sur la clause codicillaire, Bartole, l. 10, *De jure codic.*

[9] Supra, n° 1635.

[10] Bordeaux, 14 mars 1843 (Devill., 1843, 2, 311).

[11] Riom, 16 juin 1843 (Devill., 1843, 2, 543).

1745. Il peut arriver que les parties intéressées à opposer la nullité d'un acte ordinaire soient non recevables à la faire valoir. C'est lorsqu'il y a eu de leur part approbation ou exécution de cet acte, ou lorsqu'il y a eu transaction (art. 1338, 1340). Quelle doit être, en matière de testament, l'application de ce principe ? Une approbation d'un testament nul, donnée par la partie intéressée à faire valoir la nullité, une exécution de ce testament, une transaction sur cet acte, tout cela élève-t-il une fin de non-recevoir contre l'action en nullité ?

L'objection contre la non-recevabilité de l'action pourrait venir de ce que les testaments tiennent au droit public par les formes, et qu'on ne peut pactiser que sur les matières du droit privé. Et l'on pourrait la fortifier de quelques textes du droit romain [1] qui, tout en permettant de renoncer aux nullités des legs, parce que ce genre de disposition dépendait de la pure volonté du disposant, semblaient mettre l'action en nullité au-dessus de toutes les renonciations, lorsqu'elle était dirigée contre l'institution d'héritier, c'est-à-dire contre l'élément essentiel du testament même, et cela par la rai-

son que l'institution d'héritier tenait au droit public [2].

Mais en supposant que cette distinction soit fondée, ce qui n'est pas certain [3], il est un point qui n'est pas douteux, c'est qu'elle était repoussée en France par les plus nombreux arrêts, surtout dans le ressort du parlement de Paris, et que l'opinion dominante était que les testaments ne sont pas tellement d'ordre public, qu'on ne puisse renoncer pour une cause d'intérêt privé aux vices de forme qu'ils renferment [4]. « Car les formalités, dit Chabrol [5], « n'ont pour objet que d'assurer la vérité « du testament, et l'héritier qui a bien voulu « exécuter un testament nul, est censé s'être « rendu certain par d'autres moyens de la vo- « lonté du testateur. Malgré la nullité, il sub- « siste une sorte d'obligation naturelle qu'il doit « être libre à l'héritier d'accomplir. »

1746. Il est donc constant que l'on peut pactiser sur la nullité d'un testament.

Ceci admis, supposons d'abord que la convention, d'où l'on fait résulter une exception contre l'action en nullité, soit une transaction.

Tout le monde connaît un texte célèbre du

[1] Paul, l. 9, § 3, D., *De juris et fact. ignorantia*, Paul, l. 38, D., *De fideicommissis, libertatibus*, Grat. Valent. et Theod., l. 16, § 1, C., *De testam.*, Paul, l. 3, D., *De his que ut indignis*, Dioclétien et Maxim., l. 4, C., *De juris et fact. ignor.*, Justinien, l. 32, C., *De fideicommissis*, Paul, l. 30, § 3, D., *De inst. nullit.*, Paul, l. 31, D., *De legat.*, 3^e, Ulpien, l. 1, § 1, l. 11, § 19, D., *De legat.*, 3^e, Inst., §§ 7, 8, *Quib. mod. testam. infirmantur*.

[2] Furgole, ch. 6, sect. 3, n° 14. Merlin, *Repert.*, v° *Testament*, t. XIII, p. 763. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Testament*, t. XVII, p. 569. Chabrol sur Auzerne, art. 52, ch. 13, quest. 1.

[3] Cujas sur la loi 5, § 1, D., *De his que ut indignis*, liv. 34, l. IX. Brodeau sur Louet, lettre L, somm. 6, n° 2.

Bartole et Mantica tournaient la difficulté (*Ad leg. 4, De his que ut indignis*, XI, 17, 38) en disant que, s'il n'était pas possible de valider un testament par une renonciation à faire valoir les nullités, il était du moins permis de renoncer à l'hérédité *ab intestat*, et c'est ce que faisait l'héritier *ab intestat*, lorsque en connaissance de cause il acceptait le legs. Voy. Calus à la loi 1, § 1, D., *Test. quemad.*, et à la loi 6, D., *De transact.* — On voit dans ces lois la preuve qu'en droit romain il était permis de transiger sur les testaments.

[4] Approbation implicite. — Nullité de forme.

Henry, *Des testam.*, l. 3, ch. 1, quest. 1 (et, d'après lui, Brodeau et Chabrol), rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 8 juillet 1635, confirmatif d'une sentence du bailli de Forest, qui juge non recevable une héritière *ab intestat*, laquelle, après avoir reçu son legs sans réserve, avait ensuite attaqué le testament comme nul en la forme.

Approbation explicite. — Nullité de forme.

Brodeau sur Louet, lettre L, somm. 6 (et, d'après lui, Chabrol sur Auzerne), cite un arrêt du même parle-

ment, du 30 juillet 1632, confirmatif d'une sentence de la sénéchaussée de Clermont, qui deboute deux héritiers *ab intestat* d'une demande en entérinement de lettres de rescision qu'ils avaient obtenues contre leur approbation d'un testament qu'ils soutenaient nul et imparfait.

Approbation implicite. — Inofficiosité.

Louet, lettre L, somm. 6 (et, d'après lui, Chabrol sur Auzerne, art. 30, ch. 12), cite un arrêt du 25 septembre 1632, rendu aux grands jours de Clermont, qui juge non recevable une mère qui, en pays de droit écrit, réclamait sa légitime blessée par un testament inofficieux qu'elle avait approuvé.

Approbation explicite. — Inofficiosité.

Brodeau sur Louet, loc. cit. (et, d'après lui, Chabrol, loc. cit.), indique un arrêt du parlement de Paris, du 28 mai 1631, confirmatif d'une sentence du bailli de Montpensier, qui décide que celui qui a approuvé, étant majeur, un testament contenant une substitution prohibée par la coutume, n'est plus recevable à la disputer. Brodeau cite encore un arrêt du même parlement, du 16 juillet 1642, confirmatif d'une sentence du sénéchal de Lyon, et qui aurait également repoussé une demande en nullité d'un testament après approbation; mais il n'indique pas l'espèce dans laquelle cet arrêt serait intervenu...

Jaureg Paris, 50 du ch. 12 de la Coutume d'Auvergne, ainsi conçu :

« L'héritier *ab intestat*, institué par testament ou non, « qui sciemment accepte aucun legs à lui fait par le dé- « funt, ou satisfait à aucun des légats fait par ledit « défunt, ou autrement agréé en aucune partie ledit « testament, il approuve toute la disposition et ordon- « nance d'icelui défunt, et est absolument tenu la gar- « der et accomplir, sans qu'il se puisse aider de la ré- « duction ou quart introduit par ladite coutume. »

[5] Sur Auzerne, art. 50, ch. 12.

droit romain [1]. qui paraissait décider que les transactions sur les controverses découlant d'un testament n'étaient valables qu'autant que l'on avait vu et connu les termes mêmes du testament.

Nous avons établi avec Cujas [2], dans notre *Commentaire des transactions* [3], que cette formalité minutieuse, dont on s'est peut-être exagéré l'importance en droit romain, ne devait pas être transportée dans notre droit français, et qu'il suffisait que la transaction eût été faite volontairement, librement et sans surprise [4]. On ne peut pas forcer une personne à lire et à étudier un testament dans son texte lorsqu'elle ne le veut pas; elle a entendu prévenir des difficultés en transigeant, et il est trop tard, quand la transaction est faite et consommée, de venir montrer une curiosité minutieuse.

A plus forte raison, la transaction serait-elle un obstacle à l'action en nullité; si l'héritier venait prétendre qu'ayant tenu en main le testament, il ne s'est pas aperçu de certains vices de forme apparents. Nul n'est censé ignorer la loi, et l'on sait que les transactions ne peuvent être rescindées pour une erreur de droit [5].

1747. Outre la transaction, la renonciation peut résulter aussi d'un acte ou d'un fait qui la renferme implicitement. Nous citerons comme exemple la réception d'un legs par l'héritier *ab intestat*. Pour que cet acte engendre une renonciation réelle et par suite une fin de non-recevoir insurmontable, il faut qu'il ait eu lieu en connaissance de cause.

La coutume d'Auvergne portait à cet égard une disposition que nous avons déjà citée [6]. Ou conçoit, en effet, que si le légataire reçoit son legs sans se douter que le testament qui lui enlève l'hérédité contient des vices qui l'infirment, on ne peut rétorquer contre lui le fait de cette réception; elle n'a évidemment pas le sens d'une renonciation. Mais si, au contraire, il a su ou pu savoir que le testament était infecté de vices de forme, et si, malgré cette connaissance, il a touché le montant de son legs ou s'il en a réclamé le paiement, il s'est fermé la voie pour attaquer ce testament.

C'est ce que décide la jurisprudence moderne, conformément à la jurisprudence des anciens arrêts [7]. Ainsi, la cour de Torin [8] a jugé que la quittance de la réception d'un legs donnée au légataire universel par deux légataires particuliers n'empêchait pas ceux-ci d'attaquer comme nul en la forme le testament qui ne leur avait pas été communiqué [9].

D'un autre côté, il a été jugé, le 5 février 1829, par la cour de cassation [10], statuant sur le pourvoi contre un arrêt de Greuoble, qu'une partie qui avait intenté une action en partage de biens indivis légués par un testament qu'elle connaissait parfaitement et dont elle avait été à même d'apprécier la forme, n'avait pu, postérieurement, et alors qu'on jugement était intervenu sur son action en partage, demander la nullité de ce testament [11].

1748. Mais pour que celui qui demande la nullité d'un testament après avoir reçu un legs en vertu de ce testament, ou après avoir fait un acte quelconque duquel on puisse induire son approbation du testament, soit déclaré non recevable, il ne suffira pas toujours qu'il soit établi qu'il a eu connaissance du testament. Il y a de plus une distinction à faire entre le cas où la nullité est apparente, et le cas où elle est cachée [12]. Si la nullité est cachée, l'approbation n'est plus que l'effet de l'erreur et il y a lieu d'appliquer la maxime : *non videntur qui errant consentire*. Ou ne saurait, dans ce cas, opposer une fin de non-recevoir résultant d'exécution volontaire à celui qui s'est porté demandeur en nullité. C'est ainsi qu'il a été décidé par arrêt de la cour de Nîmes, du 28 janv. 1831 [13], que la lecture d'un testament n'avait pu révéler au légataire universel, qui attaquait plus tard ce testament, une nullité résultant de l'incapacité de l'un des témoins; que par conséquent, c'était là une nullité cachée qui n'aurait pu être couverte même par la délivrance des legs aux légataires particuliers. C'est ainsi encore que la cour de cassation a jugé, en maintenant ou arrêt de la cour de Pau du 27 août 1835, que dans un cas semblable où il s'agissait de l'incapacité

[1] Calus, l. 6, D., *De transact.* Calus, l. 1, § 1, D., *Testam. quomodo. aperiant.*

[2] Cujas, *nota ad leg.* 6, D., *De transact.*, lib. 2, tit. 15.

[3] N° 99.

[4] *Comment. des transactions*, n° 142. Voy. ce que dit Cujas du cas où, pour obtenir une transaction, on aurait persuadé par un faux serment ou un mensonge insignifiant qu'un testament existait.

[5] *Comment. des transactions*, n° 147.

[6] Art. 50, ch. 12. Voy. *suprà*, n° 1745.

[7] Voy. *suprà*, n° 1745, *in fine*, les arrêts cités en note.

[8] 4 mars 1806 (Devill., 2, 2, 120).

[9] *Junge* cassat. (chambre civ., rej.), 12 novembre 1816 (Devill., 3, 1, 245). Cet arrêt a été rendu par application des lois romaines. Caen, 15 février 1842 (Devill., 42, 2, 199).

[10] Devill., 9, 1, 227.

[11] *Junge* Bégançon, 29 mars 1811 (Devill., 3, 2, 464).

[12] Ricard, part. 3, n° 1559 et suiv. Domat, *Lois civiles*, liv. 3, t. II, sect. 3, n° 2 et 8. Brodeau sur Louet, loc. cit., n° 2. Chabrol sur Auvergne, art. 50, ch. 12. Voy. *Comment. des transactions*, n° 146.

[13] Devill., 31, 2, 292.

pacité d'un des témoins, il n'était pas présumable que le mari, qui avait autorisé sa femme à recevoir un legs en vertu du testament qu'il attaquait en son propre nom, eût pu connaître l'irrégularité de ce testament [1].

Si au contraire la nullité est apparente, l'héritier qui a eu connaissance du testament est présumé avoir eu par là même connaissance de la nullité, et il alléguerait vainement l'ignorance où il était de la nullité du testament ; ce ne serait point là une juste et légitime ignorance qui pût lui servir [2]. C'est ce qui a été établi par un arrêt de la cour de Pau du 27 février 1827 [3], où il est dit que la nullité apparente est celle qui se manifeste à la seule inspection du testament [4].

1749. Mais ici se présente la question de savoir si c'est au demandeur en nullité à prouver qu'il a reçu le legs sans connaissance de cause.

Chabrol [5] enseignait sur ce point que c'était à celui qui invoquait la nullité à établir qu'il n'avait point eu connaissance de cette nullité avant de recevoir son legs, et il citait à l'appui un arrêt du parlement de Paris, de 1778, rendu dans les circonstances suivantes :

Le sieur comte d'Ailly avait institué héritier par son testament le marquis de Chambonas, et il avait fait un legs considérable au sieur de la Volpilière, qui était un de ses héritiers présomptifs *ab intestat*. Le sieur de la Volpilière reçut le legs, et il prétendit ensuite que le testament était nul, parce que la minute n'était point écrite de la main du notaire qui l'avait reçu et qu'il n'avait découvert cette nullité que depuis sa quittance. Une sentence de la sénéchaussée d'Auvergne avait admis cette demande ; mais l'arrêt du parlement de Paris, infirmant la sentence, déclara le sieur de la Volpilière non recevable.

« Cet arrêt, ajoute Chabrol, est fondé sans doute sur ce que le sieur de la Volpilière ne pouvait pas prouver qu'il n'eût pas eu connaissance de cette nullité avant de recevoir

« son legs. C'est en effet à celui qui allègue un « pareil fait, et qui prétend n'en avoir pas eu « connaissance, à l'établir [6]. »

Il est vrai que Merlin a soutenu un instant l'opinion contraire et qu'il a prétendu que la cour de cassation, dans un arrêt du 27 mars 1812 [7], paraissait avoir jugé sur ses conclusions, en interprétant l'art. 1588 du Code Napoléon, que c'est à celui qui se prévaut d'un titre nul à prouver qu'au moment où ce titre a reçu son exécution, les vices en étaient connus de la partie qui l'a exécuté. Mais, d'une part, cet arrêt n'a pas résolu cette question, et de l'autre, Merlin s'est depuis formellement rétracté [8].

Il faut donc dire, malgré un arrêt de la cour de Paris du 27 novembre 1834 [9], que celui qui exécute un acte est implicitement présumé l'avoir connu ; car les hommes sont censés agir, dans leurs affaires, avec le discernement que suggère l'intérêt privé. D'où il suit que lorsqu'il veut revenir contre cette présomption si naturelle et si logique, c'est à lui de prouver que la connaissance lui a manqué par des circonstances qui ne se supposent pas de plein droit.

Un arrêt de Caen, du 15 février 1842 [10], paraît l'avoir décidé. Si on pèse les termes de cet arrêt, on verra qu'on ne citait dans la cause aucun fait précis de ratification, qu'on opposait seulement un long silence et qu'il était constant qu'il n'y avait pas eu représentation de l'acte.

1750. Du reste, on comprend que l'approbation du testament résulte de circonstances variables que la sagesse du juge aura à apprécier. Ce sont là des questions de fait abandonnées au bon sens du magistrat ; il pourra teur compte, suivant l'exigence des cas, du sexe, des infirmités, de l'âge, de la rusticité [11].

1751. Lorsqu'un testament est nul par défaut de forme, il doit être rejeté et il ne peut être validé par aucun acte quelconque ; il faut qu'il soit refait [12].

A la vérité, il était de principe chez les Ro-

[1] Cassat. (chambre civ.), 14 juillet 1839 (Devill., 39, 1, 633. *Journal du Palais*, 1839, 2, 289). *Junge* cassat. (req., rej.), 27 août 1818 (Devill., 5, 1, 529). *Amicus*, 2 avril 1840 (*Journal du Palais*, 1840, 1, 548).

[2] Brodeau sur Louet, loc. cit., n° 2.

[3] Devill., 8, 2, 339.

[4] *Junge* Besançon, 29 août 1814 (Devill., 5, 1, 168). *Besançon*, 29 mars 1811 (Devill., 5, 2, 464).

[5] *Loc. cit. in fine*.

[6] *Junge* Ricard, part. 3, n° 1559.

[7] *Repert. de jurispr.*, v° Ratification, n° 9 et v° Testament, sect. 2, § 3, n° 3, Devill., 4, 1, 67.

[8] *Questions de droit*, v° Ratification, § 5, n° 5. *Junge* Grenier, n° 325. *Toullier*, t. VI, n° 519.

[9] Devill., 39, 2, 653 ; *Journal du Palais*, 1839, 2, 289.

[10] Devill., 42, 2, 199.

[11] « . . . *ad verò estimabitur ex conjunctis personis, conditione, aetate. Ex personis, quoniam mulierem juris ignorancia excusabit ; ex conditione, quoniam militem aut rusticum ; ex aetate, quoniam minorum viginti quinque annos...* » *Cujas, Recit. solemn.*, ad § 1, l. 3, D., *De his quæ ni iudicij*. *Junge* Turin, 4 mars 1806 (Devill., 2, 120).

[12] Ricard, part. 1, n° 1619. *Argon, Institut. du droit français*, t. 2, eh. 17. *Besançon*, 19 mai 1809 (Devill., 5, 2, 73). *Turin*, 19 mars 1810 (Devill., 3, 2, 231). *Cassat*, 21 novembre 1814 (Devill., 4, 1, 632). *Merlin, Repert.*, v° Testament, t. XVII, p. 636, 637, 639.

ainsi qu'un testament nul par défaut de forme pouvait être confirmé par un codicille. Mais il faut bien remarquer qu'alors le testament ne valait pas *jure directo* comme testament, mais qu'il valait *jure fideicommissi* comme codicille [1]. La raison de cela était que la confirmation du testament par le codicille était assimilée à la clause codicillaire [2]. On supposait que le testateur avait voulu, par cette confirmation, que le testament, ne pouvant valoir comme testament, valût au moins comme codicille [3].

Mais dans les pays coutumiers où l'on ne faisait pas de différence entre les testaments et les codicilles, on ne suivait pas cette jurisprudence, comme l'attestent Ricard [4] et Argou [5], et trois arrêts du parlement de Paris rapportés par le premier de ces auteurs [6]. Il faut dire, néanmoins, que Furgole pensait que, même en pays coutumier, la confirmation d'un testament nul, faite en termes généraux par un testament postérieur, le validait [7]. Mais ce sentiment, contraire à la jurisprudence, n'était appuyé par son auteur d'aucune raison solide, ni même spéciale [8].

1752. Plusieurs jurisconsultes ont examiné si, dans le fond de la conscience, un testament nul par défaut de forme produit une obligation naturelle. Fachinéc a établi à cet égard une controverse détaillée où il examine le pour et le contre. Il pense, en définitive, que l'héritier *ab intestat* est tenu à l'accomplissement des

dernières volontés du défunt, s'il a la certitude personnelle que cette volonté était sérieuse [9].

Hilliger sur Doncau [10] est d'une opinion contraire; il est d'avis qu'un testament nul par défaut de solennités ne peut produire dans le for intérieur aucune obligation. Ses raisons sont : 1^{re} que le testament prend sa force non-seulement dans la volonté du testateur, mais encore dans sa régularité, et que, quelle que soit la volonté du testateur, elle est contraire à la loi et par conséquent non obligatoire, si elle ne s'est pas conformée aux conditions sous lesquelles la loi permet de tester ; 2^{re} que le défaut de solennité que le testateur n'a pu ignorer (car nul n'est censé ignorer la loi), et dans lequel il a persisté, est une preuve qu'il n'est pas mort avec l'intention de gratifier ; 3^{re} que le for intérieur oblige aussi l'héritier, institué par un testament nul, à se conformer aux lois sur la succession *ab intestat*, et à ne pas recevoir une chose qui ne lui est pas due légitimement.

Quelque chose qu'on puisse dire et écrire sur cette question, qui est plutôt du domaine de la théologie que de celui de la jurisprudence, l'homme délicat saura toujours comment il doit se conduire, indépendamment de l'opinion des docteurs. C'est une affaire de conscience qui doit se régler suivant les circonstances, et sur laquelle il n'est pas possible de donner des règles générales.

[1] Julianus, l. 2, § ultim., D., *De jure codicill.* : « Sed et ex fideicommissi petitur, salvo ratione legis Falcidie. »

[2] La Glose sur la l. 1, C., *De codicillis*, compare le codicille confirmatif du testament à la clause codicillaire, pour faire opérer le même effet à l'un et à l'autre.

[3] Furgole, ch. 12, n^{os} 30 et suiv.

[4] Loc. cit.

[5] Loc. cit.

[6] Les deux premiers arrêts ont été rendus en la 1^{re} chambre des enquires du parlement de Paris, les 6 août 1602 et 15 février 1607, et le 3^e est un arrêt de la grand'chambre du lundi 22 février 1638.

[7] Furgole, loc. cit., n^o 39.

[8] Merlin, *Repert.*, v^o *Testam.*, t. XVII, p. 632.

[9] Fachinécus, *Contrac.*, l. 4, esp. 3.

[10] Lih. 6, esp. 9, note 1.

SECTION TROISIÈME.

DES INSTITUTIONS D'HÉRITIERS ET DES LEGS EN GÉNÉRAL.

ARTICLE 1002.

Les dispositions testamentaires sont ou universelles, ou à titre universel, ou à titre particulier.

Chacune de ces dispositions, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination d'institution d'héritier, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination de legs, produira son effet suivant les règles ci-après établies pour les legs universels, pour les legs à titre universel, et pour les legs particuliers.

SOMMAIRE.

1753. Peu importe aujourd'hui la dénomination sous laquelle sont faites les dispositions testamentaires.

1754. Examen de la jurisprudence romaine sur les institutions d'héritier.

1755. Suite.

1756. Suite.

1757. Suite.

1758. Suite.

1759. Suite.

1760. Suite.

1761. Du legs en droit romain.

1762. De l'ancienne législation française en cette matière.

1763. Différence, sur ce point, entre le système coutumier et le droit romain.

1764. Système mixte adopté par le Code Napoléon.

1765. Les dispositions testamentaires ne tirent plus leur effet que de l'étendue que le testateur a voulu leur donner.

1766. Trois espèces de legs.

COMMENTAIRE.

1753. Notre article répète ce qui a déjà été dit dans l'art. 967, à savoir, que la dénomination d'institution d'héritier, ou toute autre propre à manifester la volonté du disposant, ne change rien à l'essence de la disposition et n'empêche pas qu'elle ne produise les effets plus ou moins étendus que l'intention du testateur y a imprimés. Ce n'est donc pas à l'écorce des mots qu'il faut s'attacher pour juger de l'étendue d'une disposition testamentaire, c'est à la volonté qui plane et qui domine sur tout. Aujourd'hui toutes les dénominations sont indifférentes.

Il n'en était pas ainsi dans l'ancienne législation. Il y avait une grande différence entre l'institution d'héritier et le legs d'après les principes du droit romain suivis en pays de droit écrit. Nous avons déjà [1] rapidement parcouru l'histoire de cette partie de la jurisprudence qui a précédé le Code Napoléon, et nous l'avons comparée avec les principes adoptés en pays coutumier. Revenons encore sur ce point, afin de mettre en lumière certains détails im-

portants que nous n'avons fait qu'indiquer.

1754. D'après le droit romain, l'institution d'héritier était une solennité intrinsèque du testament. Si elle manquait, l'acte était nul [2]. Il fallait nécessairement que le disposant se choisisse, en testant, l'héritier qui devait succéder à tous ses droits. Cet héritier représentait le défunt. Il était saisi, de droit et sans avoir besoin de demander la délivrance aux héritiers *ab intestat*, de tout ce qui avait appartenu au défunt, de tout ce qui composait l'hérédité. C'était à lui qu'on devait s'adresser pour le paiement des legs, des fidéicommiss, dettes, etc. [3].

L'origine de cette solennité venait de la préférence que les Romains avaient pour l'exercice du pouvoir de tester. Chaque citoyen romain tenait à avoir un héritier de son choix. Mourir *ab intestat* était une espèce de honte. Les successions légitimes n'avaient lieu qu'à défaut de successions testamentaires [4].

1755. Bien plus, les successions légitimes étaient incompatibles avec les successions testa-

[1] *Supra*, nos 1454 et suiv.

[2] *Caius*, *comm.* 2, § 229.

[3] *Fargola*, *ab. 8*, sect. 1, n° 11. Voet, l. 38, t. V,

n° 1 et seq.

[4] *Loi des Douze Tables*.

mentaires, par la maxime qu'un même individu ne pouvait décéder *partim testatus, partim intestatus* [1].

Voici quels étaient le sens et l'effet de cette maxime. On distinguait les institutions en universelles et particulières. L'institution universelle comprenait toutes les forces de l'hérédité. L'institution particulière était celle qui ne s'appliquait qu'à une disposition particulière, comme au legs d'une somme ou d'un effet, ou même d'une certaine espèce de biens [2]. Si le testateur n'épuisait pas la totalité de ses biens par des legs ou autres dispositions, le patrimoine restant n'était pas accordé aux héritiers *ab intestat*, suivant l'ordre des successions légitimes. Il se réunissait aux biens composant l'institution partielle dans la main de l'héritier institué. Car, dès le moment qu'il y avait un testament valable, les successeurs légitimes ne pouvaient prétendre à rien. Ils étaient exclus par l'héritier choisi et institué, même en une seule chose de l'hérédité [3].

1756. Nous avons dit que, sans institution d'héritier, le testament était nul. Telle était la décision de plusieurs lois consignées dans le Digeste, et particulièrement de la loi 1, paragraphe dernier, *De vulg. et pup. subst.* : « *Sine heredis institutione, nihil in testamento scriptum valet* [4]. » L'ordonnance de 1735 n'y apporta aucun changement pour les pays de droit écrit. Cependant le testament pouvait valoir comme codicille, s'il était pourvu de la clause codicillaire formellement exprimée [5].

Les anciens jurisconsultes romains poussaient si loin la rigueur du principe relatif à la nécessité de l'institution, qu'ils exigeaient qu'elle fût mise au commencement du testament ; mais on se relâcha par la suite de cette rigueur outrée qui donnait plus de poids à l'ordre de l'écriture qu'à la volonté du testateur. On regarda comme suffisant que l'institution fût formelle dans le testament [6].

1757. Comme il y avait des institutions universelles et des institutions particulières, on demandera sans doute comment il était possible qu'on eût admis l'institution particulière, puisqu'il fallait que l'institution comprît la succes-

sion entière du défunt. L'explication ne souffre pas de difficulté. La voici :

L'institution particulière pouvait être seule dans le testament, ou bien elle pouvait accompagner une institution universelle.

Si elle était seule, et que le testateur n'eût pas disposé de la totalité de son patrimoine, tout ce qu'il avait laissé de disponible accroissait à l'institué, ainsi que nous l'avons vu [7], à l'héritier *in re certâ*. Cet accroissement avait lieu quand même le testateur l'aurait prohibé, et l'institué devenait héritier pour le tout, *detractus fundi mentione* [8].

Que si le testateur avait épuisé tout son patrimoine et que la chose formant l'institution ne valût pas le quart de l'hérédité, alors l'héritier, d'après le bénéfice de la loi Falcidie, pouvait retenir sur les legs et fidéicommissaires de quoi compléter ce quart. En effet, cette loi, pour arrêter la licence des testateurs et empêcher que les hérédités ne devinssent onéreuses, avait réservé à l'institué le quart de l'hérédité [9].

Dans ces deux cas, on voit que l'institution devenait pour ainsi dire universelle et qu'elle cessait d'être circonscrite *in re certâ*.

1758. Examinons maintenant la seconde hypothèse, c'est-à-dire celle où l'institution *in re certâ* ne faisait qu'accompagner une institution universelle. Alors c'était l'institué universel qui était véritable héritier. L'institué *in re certâ* devenait un simple légataire ; mais il avait un grand avantage sur les autres légataires : c'est que si l'héritier universel décédait avant le testateur, ou répudiait, l'héritier *in re certâ* prenait sa place et devenait héritier universel à l'exclusion des successeurs *ab intestat* [10].

1759. Dans toutes les hypothèses que nous venons d'examiner, la chose certaine exprimée dans l'institution n'était considérée que comme prélegs, c'est-à-dire, comme une chose léguée par préciput [11]. De là une conséquence remarquable : c'est que cette chose, en sa qualité de prélegs, n'était pas assujettie au paiement des dettes et des charges de l'hérédité ; car les dettes devaient être payées par l'héritier, en tant qu'il succédait au droit de l'hérédité [12], et non pas en tant qu'il profitait d'un émolument à titre de prélegs.

[1] *Suprà*, n° 1434.

[2] Ulpien, l. 33, §§ 2 et 3, D., *De hered. instit.*

[3] Ulpien, l. 1, § 4, D., *De hered. instit.* Papinien, l. 41, § 8, D., *De vulg. et pupil. subst.* Furgole, ch. 8, n° 25.

[4] *Junge* Papinien, l. 10, *De jure codicil.*

[5] Furgole, ch. 8, n° 38.

[6] Celsus, comm. 2, § 229, *Instit.*, § 34, *De legat.*

[7] N° 1755.

[8] Ulpien, l. 1, § 4, D., *De hered. instit.* Doneau,

Comm., l. 6, c. 18, n° 18.

[9] Celsus, comm. 2, § 227. Heineccius, *Instit.*, l. 2, l. XXII, §§ 648, 649, 650. Voet, l. 33, l. II, n° 3.

[10] Furgole, ch. 8, n° 26. Ricard, part. 1, n° 1368. Doneau, Comm., l. 6, cap. 18, n° 30. Hilliger sur Doneau, loc. cit., note 12. Favre, *De error. pragmat.*, 15 decod., error. 5. Fachinæ, *Controv.*, l. 4, ch. 13.

[11] Furgole, ch. 8, n° 32 et 33. Heineccius, *Instit.*, l. 2, l. XIV, p. 343, nota.

[12] Furgole, loc. cit.

1760. Du reste, la solennité de l'institution n'était requise que dans le testament, qui seul avait le caractère civil et romain, et qui seul aussi pouvait faire un héritier. Elle n'était nécessaire ni dans la donation à cause de mort, ni dans le codicille, ni dans les partages *inter liberos* [1], qui étaient une manière de disposer introduite par les conquêtes du droit naturel.

1761. Venons maintenant au legs. Le legs était un retranchement fait sur l'hérédité, retranchement par lequel le testateur ôtait quelque chose de l'universalité qui aurait appartenu à l'héritier, pour le conférer à quelqu'un par des termes directs [2].

Le legs ne saisissait pas. Le légataire était obligé de demander la délivrance à l'héritier institué : « *Legatum est donatio quedam à defuncto relicta, ab hærede præstanda* [3]. »

Dans l'ancien droit, on ne pouvait faire de legs sans instituer un héritier ; car le legs ne pouvait être fait que par testament. Et comme l'institution d'héritier était nécessaire au testament, il s'ensuivait que le legs ne pouvait avoir d'existence s'il ne marchait à côté d'une institution [4]. D'après ces principes, le legs était fort différent du fidéicommiss [5]. Le legs était la forme civile, et le fidéicommiss était la forme du droit naturel. Le legs se faisait en termes directs, et le fidéicommiss en termes obliques [6]. Le legs ne pouvait se faire que par testament ou par codicille confirmé ; les fidéicommiss, au contraire, pouvaient se faire par codicille non confirmé par testament ; ils n'étaient autre chose qu'une prière que le défunt adressait à son héritier légitime ou à son héritier testamentaire.

Par la suite, toutes ces différences furent abolies ; les legs furent égaux en tout aux fidéicommiss, et ils produisirent leur effet en quelques termes qu'ils fussent conçus [7]. Les legs purent se faire sans solennité, et être laissés même par codicille, pourvu qu'il y eût cinq témoins [8]. Mais il resta toujours, entre l'institution d'héritier et le legs, quelque considérable qu'il fut, une différence que Justinien ne fit qu'étendre. C'est que l'héritier était saisi de plein droit, au lieu que le légataire devait demander la déli-

vrance. Nous disons que Justinien étendit cette différence ; car avant lui il y avait certains legs, ceux appelés *per vindicationem*, qui n'étaient pas sujets à la délivrance et dont les légataires pouvaient prendre possession de leur autorité, et sans le consentement de l'héritier. Justinien égala tous les legs entre eux et voulut qu'ils fussent tous soumis à la délivrance.

1762. Les principes de l'ancienne législation française étaient bien différents de ceux dont nous venons de faire l'exposé. Nous en avons rapporté ci-dessus les principales dispositions [9]. Dans la plupart des coutumes, on tenait comme maxime que la volonté de l'homme ne pouvait pas faire un héritier [10]. Les successions étaient dévolues *ab intestat* aux successeurs légitimes ; c'étaient ceux-ci qui étaient saisis et qui représentaient la personne du défunt, d'après la fameuse règle : *le mort saisit le vif* [11]. Tout ce que le testateur pouvait faire, c'était de gratifier à titre de légataires ceux sur lesquels il voulait répandre ses bienfaits. Mais ces légataires, même universels, étaient obligés de demander la délivrance aux héritiers du sang.

En un mot, les testaments dans le droit coutumier n'étaient que de simples codicilles [12], et les legs n'étaient, comme le dit d'Aguesseau ci-dessus cité [13], que des dispositions semblables aux fidéicommiss des Romains.

Il y avait même des coutumes qui poussaient si loin l'aversion pour l'institution d'héritier, qu'elles voulaient que cette institution ne valût pas même à titre de legs [14]. Mais, en général, l'institution était convertie, par bénigne interprétation [15], en legs universel, jusqu'à concurrence des légitimes, et avec condition de demander la délivrance aux héritiers du sang.

1763. Il suit de cet état de choses que le système coutumier était aussi absolu en faveur des héritiers *ab intestat*, que le droit romain l'était en faveur des héritiers institués. Dans le premier, tout se résumait à la volonté de la loi, au lignage et à la règle : *le mort saisit le vif*. Dans le second, tout était dominé par la volonté de l'homme, plus forte que le vœu de la loi et le lien du sang. Le droit romain conférait à la volonté de l'homme le pouvoir de faire des héri-

[1] Furgole, ch. 8, n° 40.

[2] Florentinus, l. 416, *proem.*, D., *De legat.*, l. 1. Reineccius, *Instit.*, l. 2, l. XX, §§ 601 et 602.

[3] *Instit.*, *De legatis*, § 1. Furgole, ch. 10, n° 26.

[4] *Supra*, n° 43, sur l'art. 893.

[5] Calus, *comm.*, 2, §§ 268 et suiv.

[6] Calus, *comm.*, 2, § 249.

[7] *Instit.*, *De legatis*, § 3. *Infra*, n° 1793, 1794.

[8] Reineccius, *Instit.*, l. 2, l. XX, § 606. Merlin, *Repet.*, v° *Legs*, p. 300. *Infra*, n° 2048, art. 1033.

[9] *Supra*, n° 1434 et suiv.

[10] N° 1436.

[11] Voy., sur cette règle, M. V. Rigaud, *Recue étranger*, t. IX, p. 33, 777, 391.

[12] Furgole, ch. 8, sect. 1, n° 9.

[13] N° 1440.

[14] Furgole, ch. 7, n° 6. Legrand sur Troyes, t. VI, art. 96. Bourbons, art. 321. Menus, art. 28. Chamont, art. 83. Vitry, art. 101, et la note de Dumoulin. Delaurière sur Loir, n° 2, l. IV, reg. 5.

[15] Coquille sur Nivernais, t. XXXIII, art. 10.

tiers, et n'appelait les héritiers du sang qu'à défaut des héritiers testamentaires. Le droit français ne reconnaissait que la loi seule capable de faire des héritiers. Dans le droit romain, l'héritier institué était saisi de tous les biens et droits du défunt, même au préjudice du légitimaire. Car, quoique la loi fût un devoir au testateur d'instituer ses descendants, ou ascendants, ou frères et sœurs germains, néanmoins il pouvait se borner à les instituer *in re certâ*, et créer un héritier universel de son choix, qui seul avait la saisine des biens (1). Dans le droit français, au contraire, c'était le sang qui avait l'honneur et le privilège de la saisine. Les droits de famille, base des successions *ab intestat*, l'emportaient absolument sur la volonté de l'homme.

1764. Entre ces deux législations si opposées, le Code a pris un parti mitoyen (2) qui dérive des principes adoptés sur la disponibilité des biens. Celui qui a des descendants ou des ascendants ne peut créer des héritiers; les héritiers du sang sont les seuls saisis par la loi. Le testateur ne peut faire que des legs bornés à la quotité disponible, laquelle n'est qu'une délimitation de l'hérédité. Quand même il voudrait dépouiller les réservataires de la saisine, il ne le pourrait pas (3); c'est un privilège de famille placé au-dessus de son caprice par l'honneur de son sang.

Mais si le testateur n'a ni ascendants ni descendants, il peut disposer de ses biens entiers sans aucune réserve; il peut créer un héritier. Alors cet héritier est saisi, comme dans le droit romain, au préjudice des héritiers *ab intestat*. Si ces héritiers *ab intestat* étaient gratifiés de quelques legs, ils seraient obligés d'en demander la délivrance à l'héritier institué.

Ce mélange du droit romain avec le droit coutumier, si heureusement approprié aux mœurs françaises, est dû au consul Cambacérès (4).

Du reste, le Code Napoléon n'exige pas,

comme le droit romain, que dans les cas où l'institution d'héritier peut avoir lieu, le testament soit, à peine de nullité, revêtu de la formalité intérieure de l'institution (5). Le testateur peut, à sa volonté, donner tous ses biens, ou partie de ses biens. L'institution universelle portera à volonté le titre d'institution ou de legs; la dénomination ne changera pas sa nature. Que si le testateur ne donne qu'une partie de ses biens, la portion vacante accroîtra à l'héritier *ab intestat*, ou au légataire universel, qui aura la saisine des biens et auquel on devra demander la délivrance. Le disposant sera censé alors n'avoir pas voulu déranger l'ordre de la succession légitime; il n'aura fait qu'en diminuer l'émolument par des legs. Ainsi se trouve abolie cette règle du droit romain qu'on ne peut décéder *partim testatus, partim intestatus*.

1765. Pour en revenir à ce qui fait l'objet spécial de l'article 1002, nous terminerons en disant que l'institution n'est plus prise aujourd'hui dans le sens rigoureux qu'on lui donnait en droit romain, qu'un legs particulier peut être fait sous le titre d'institution, comme une institution peut être faite sous le titre de legs. Les dispositions testamentaires ne tirent plus leur effet de leur dénomination, mais de l'étendue que le testateur a voulu leur donner. Il était nécessaire que le Code s'expliquât sur ce point, puisque, d'un côté, certaines coutumes, effarouchées du mot « institution, » annulaient la disposition tout entière, sans qu'elle pût valoir comme legs (6), et que, d'autre part, le droit romain attachait au même mot une importance extraordinaire et des effets privilégiés.

1766. Notre article distingue, sous le rapport de l'étendue, trois espèces de legs : le legs universel, le legs à titre universel, et le legs particulier. L'article suivant s'occupe du legs universel. Nous allons en examiner avec lui les caractères.

[1] Suprà, n° 739.

[2] N° 1439, sur l'art. 967.

[3] Merlin, *Repert.*, v° *Légataire*, § 2, p. 745.

[4] Séance du conseil d'État du 27 ventôse an 11 (Fenet, t. XII, p. 396. Lozé, t. XI, p. 243 à 253).

[5] Aon. L'institution d'héritier n'est plus exigée par nos lois actuelles pour la validité d'un testament. Br., 8 nov. 1842 (*Jurisp. de Belg.*, 1843, 481).

[6] Suprà, n° 1436, 1762.

SECTION QUATRIÈME.

DU LEGS UNIVERSEL.

ARTICLE 1003.

Le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès.

SOMMAIRE.

1767. Du legs universel.
 1768. Il ne faut pas confondre le legs universel fait à plusieurs personnes conjointement, avec le legs de quotité contenant attribution de parts.
 1769. On ne doit pas, toutefois, attacher aux formules un sens trop littéral. — C'est la pensée du testateur qu'il faut surtout considérer. — Exemple.
 1770. Exemple d'un cas où l'indistinction des parts faites par le testateur n'a pour but que de prévenir les difficultés d'un partage.
 1771. Quid de la clause par laquelle le testateur, après avoir fait des legs particuliers, déclare que si sa fortune est diminuée ou augmentée à l'époque de son décès, les légataires subiront une diminution ou jouiront d'une augmentation sur leurs legs au more le frane?
 1772. Question analogue soumise à la cour d'Orléans.
 1773. Résumé.
 1774. Sens du mot *universalité*, employé par notre article.
 1775. Le legs universel doit contenir même les droits éventuels et à venir. — Examen d'un arrêt de cassation.
 1776. Droit du légataire pour faire rapporter une chose à la masse des biens de la succession.
 1777. C'est un légataire universel et non un légittimaire qui a reçu le montant de sa légitime, qu'il appartient de demander la nullité d'un legs particulier.
 1778. *A fortiori* lorsque le légataire universel se trouve en présence d'héritiers *ab intestat* non réservataires.
 1779. Examen d'un arrêt de Toulouse du 30 juin 1827.
 1780. Arrêt de la cour de Nîmes du 19 mai 1830.
 1781. Le legs universel attire à lui toutes les caducités et nullités, à moins que le testateur n'en ait ordonné différemment.
 1782. Ce qu'il faut examiner pour vérifier si un legs est ou non universel.
 1783. Du cas où le testateur, après avoir fait des legs particuliers, a déclaré léguer le surplus de ses biens.
 1784. Du cas où il a fait la même disposition après des legs de quotité.
 1785. Quid si le legs du surplus vient après un legs à titre universel, qui n'est pas un legs de quotité?
 1786. Cas dans lequel le legs de tous les immeubles a pu être considéré, à raison de faits particuliers, comme un legs universel.
 1787. Autre cas au sujet d'un legs de tous les meubles et de tous les immeubles.
 1788. Le titre de legs universel, employé dans le testament, n'empêche pas de considérer le legs comme limité.
 1789. Renvoi.
 1790. C'est l'ensemble des dispositions qui doit faire apprécier le caractère du legs.

COMMENTAIRE.

1767. L'art. 1003 donne la définition du legs universel ; cette disposition imprime à cette sorte de legs un caractère différent de celui qu'il avait dans l'ancien droit.

En effet, d'après la jurisprudence antérieure au Code Napoléon, on confondait le legs universel et le legs appelé aujourd'hui, par les art. 1002 et 1010, legs à titre universel. Le legs universel était celui qui comprenait l'universalité, ou même une quotité, le tiers, le quart, le vingtième des biens [1].

Le projet du Code Napoléon ne faisait point non plus de distinction entre le legs de l'universalité et le legs d'une quote-part. L'art. 85 (2) du projet se bornait à diviser les legs en legs à titre universel et legs à titre particulier. Mais à la section de législation [3], la question de savoir si l'héritier *ab intestat* devait ou non avoir la saisine s'étant élevée, on s'aperçut qu'elle se liait au plus ou moins d'étendue du droit des légataires, et l'on arriva à faire la distinction des légataires à titre particulier, des légataires de

[1] Pothier, *Donat. testam.*, ch. 2, sect. 1, § 2. *Vergiers sur Paris*, t. XV, art. 344, n° 10. Furgole, ch. 8, n° 25. Merlin, *Repet.*, v° *Légataire*, § 1, p. 743.

[2] Fenet, t. XII, p. 384.

[3] Fenet, t. XII, p. 387.

quotité et des légataires universels, afin de n'enlever la saisine à l'héritier *ab intestat*, non réservataire, qu'au profit du légataire qui représentait le plus complètement le défunt par l'universalité de son titre [1].

D'après la définition du legs universel donnée par notre article, sur la proposition du tribunal [2], le legs d'une quotité ne fait donc plus partie aujourd'hui de la catégorie des legs universels. Le Code Napoléon l'appelle legs à titre universel et lui consacre des dispositions spéciales.

1768. La définition du legs universel comprend deux points distincts : les personnes et les choses.

Et d'abord, suivant notre article, le legs universel peut être fait à plusieurs personnes. Dans ce cas, il ne saurait y avoir de difficulté lorsque le legs universel est fait conjointement et sans attribution de part, comme lorsque je donne l'universalité de mes biens à Sempronius et à Calus. Evidemment, si Sempronius ne pouvait pas recueillir, Calus n'en resterait pas moins légataire universel et profiterait de la part vacante, moins à cause du droit d'accroissement proprement dit [3], que par l'énergie de l'universalité du titre qui embrasse tout ce qui n'est pas excepté.

Mais si le testateur avait dit : Je lègue le quart de mes biens à Calus; puis, par une autre disposition : Je lègue les trois quarts à Sempronius, il en serait autrement; le testateur n'aurait fait que des legs de quotité. D'où il suit que le titre n'étant pas universel et les portions étant divisées, il n'y aurait pas lieu à accroissement. Le testament contiendrait deux legs distincts, sans relation ni connexité, et la part vacante accrottrait à l'héritier *ab intestat*.

1769. Cependant, ceci doit s'entendre de manière à ne pas attacher aux formules dont s'est servi le testateur un sens littéral qui serait de nature à altérer la pensée de conjonction qui dominerait au fond sa disposition. Ainsi le testateur peut indiquer les parts dans l'unique but de prévenir les difficultés du partage et d'exprimer une idée d'égalité ou de proportionnalité entre les copartageants. Quand il dit, par exemple : « Je lègue à mes trois domestiques qui sont » à mon service depuis longues années l'universalité de mes biens, pour être partagés » entre eux par tiers, » il est clair que l'indica-

tion porte moins alors sur le legs lui-même que sur l'exécution [4].

1770. Un cas plus difficile s'est présenté devant la cour de Limoges [5].

Un testateur avait légué à Primus un lot d'immeubles formant à peu près le tiers de sa succession; mais il avait déclaré en même temps qu'il l'instituait son légataire universel. Il avait fait un legs semblable à Secundus et à Tertius, en déclarant dans chacune des dispositions les concernant, qu'il les instituait ses légataires universels. De plus, il leur distribuait par tiers les grains qui devaient se trouver dans sa maison, et il nommait un exécuteur testamentaire, après avoir chargé ses trois légataires universels de payer les legs et les rentes viagères, et d'acquitter les dettes et charges de la succession. Comme le testateur avait oublié quelques objets dans la distribution qu'il avait faite de ses biens par testament, son héritier *ab intestat* prétendit que c'était à lui qu'il appartenait de les recueillir, par la raison que le testateur n'avait fait que des legs à titre particulier et non des legs universels. Mais la cour de Limoges, par son arrêt du 8 octobre 1837, décida, en appréciant toutes les circonstances de la cause, que le testateur avait voulu associer les trois légataires, d'abord par le titre de légataire universel qu'il avait donné à tous trois, et puis par la commune obligation de payer les dettes et autres charges de la succession, obligation qui ne s'impose pas d'ordinaire aux légataires à titre particulier; que s'il avait fait des parts, c'était uniquement pour opérer la distribution de ses biens et prévenir les difficultés d'un partage.

1771. Il n'y a pas moins de difficulté dans l'espèce suivante, où la même question se présente avec des circonstances plus compliquées.

Un testateur fait à différentes personnes, au nombre desquelles se trouve son héritier *ab intestat*, des legs particuliers qui épuisent tout son avoir; puis il termine en disant : « Dans le cas » qu'il m'arrive des événements malheureux » qui empêchent mon exécuteur testamentaire » de remettre à chacun le legs que je leur fais, » ils éprouveront, en raison de ce, une diminution au marc le franc; dans le cas contraire, » ils jouiront d'une augmentation aux mêmes » conditions du marc le franc. »

Cette dernière disposition contient-elle un legs

[1] Fenet, t. XII, p. 432.

[2] Fenet, p. 460.

[3] Art. 1044. *Infra*, n° 2160 et suiv.

[4] Cassat., rej., 18 octobre 1809 (Devill., 3, 1, 115). *Junge cassat.*, 19 octobre 1808 (Devill., 2, 2, 330). Cassat., 14 mars 1815 (Devill., 1, 3, 27. Voyez arrêts *infra*, n° 2175 et suiv.). Colmar, 26 mai 1821

(Dalloz, 1821, 2, 232). Cassat., rej. de Paris, 22 février 1841 (Devill., 41, 1, 535. *J. Palais*, 1841, 2, 18). Bordeaux, 27 février 1844 (Devill., 44, 2, 331. *J. Palais*, 1844, 2, 468).

[5] 8 octobre 1837 (Devill., 39, 2, 27. *J. Palais*, 1839, 1, 240).

universel ? N'est-elle pas équivalente à celle par laquelle un testateur aurait donné à plusieurs tout le surplus éventuel de sa succession ?

La cour de Bordeaux [1] s'est prononcée pour l'affirmative; elle y a vu un legs universel comprenant tout le résidu de la succession sans en rien excepter; elle a fortifié cette solution par cette observation, à savoir, que l'héritier *ab intestat*, se trouvant au nombre des légataires particuliers, partageait avec chacun d'eux le sort commun; qu'il était dès lors impossible de supposer que le testateur eût laissé en dehors de ses dispositions quelque portion de son héritage qui pût s'asseoir sur sa tête par droit de succession légitime. Un pourvoi ayant été formé contre cet arrêt devant la cour de cassation [2], il a été rejeté par la chambre des requêtes le 13 août 1817.

L'objection la plus sérieuse qu'on pourrait faire contre cette décision, c'est que le testateur, en voulant que le résidu de la succession fût réparti entre ses légataires au marc le franc de l'importance des legs, semblait avoir assigné des parts qui détruisaient toute pensée de conjonction. Mais ici, comme dans les espèces précédentes, il était facile de répondre que ces parts n'avaient été prises en considération par le testateur que comme règle de partage, et pour prévenir les difficultés entre tous les ayants droit.

1772. Telle n'a pas été, cependant, la décision de la cour d'Orléans, dans un cas qui offre, avec le précédent, de frappantes analogies.

Le sieur Jahan fait un testament pour distribuer sa fortune à ses collatéraux; aux uns il donne de l'argent, aux autres des immeubles. Ce testament se termine par cette clause finale :

« Ce qui restera de ma succession, après le « paiement des legs ci-dessus, appartiendra par « accroissement au marc le franc à ceux de mes « légataires à qui j'ai fait des legs en deniers; « s'il y avait déficit, il serait supporté entre eux « de la même manière. »

En-dessus, question de savoir si les légataires des deniers, investis du résidu de la succession, sont légataires universels. Et la cour d'Orléans décide, par arrêt du 21 août 1831 [3], qu'ils ne le sont pas. Ses raisons sont tirées de ce que le legs n'avait pas été fait collectivement et sans distinction des légataires entre eux. Mais ne

peut-on pas dire que l'arrêt d'Orléans, en se séparant sur ce point des décisions que nous avons rapportées ci-dessus [4], s'est peut-être attaché, avec un esprit trop formaliste, à des apparences extérieures ? Ce qu'il y a de certain, c'est que cette cour se trompe quand elle déclare que la disposition que nous discutons ici présente une situation semblable à celle où l'on verrait tous les légataires particuliers, épuisant une succession, se réunir entre eux et soutenir que de leur collection il résulte la preuve d'une disposition universelle. Personne ne doute que ces légataires particuliers ne soient à cet égard dans une profonde erreur. Car l'accident de leur réunion n'ajoute rien à l'étendue précise et tout à fait limitée de leurs legs. Mais de là il n'y a rien à conclure contre les légataires particuliers de l'espèce jugée à Orléans, puisque à leurs titres particuliers et limités venait se joindre une disposition qui répartissait entre eux tout le résidu de la succession.

1773. De tout ceci sort une réflexion qui domine cette matière et dont la cour d'Orléans n'a peut-être pas été assez pénétrée [5]. C'est que le législateur n'a pas fait dépendre le caractère et les effets du legs universel entre plusieurs, des conditions étroites de conjonction auxquelles le droit d'accroissement est attaché, d'après l'article 1044 du Code Napoléon. Cet article n'est pas la loi de la matière qui nous occupe ici; il n'est fait que pour les dispositions limitées et non pour les dispositions universelles, auxquelles tout doit accroître par la puissance même de leur universalité [6]. C'est donc en vain qu'on ne voudrait voir un legs universel entre plusieurs, qu'autant que les institués seraient unis *re et verbis*, et qu'une mention de part et portion ne figurerait pas dans le testament. Le législateur s'en rapporte sur ce point à la volonté du testateur, et c'est au juge à rechercher le caractère d'universalité que peut avoir le legs, dans les faits qui expliquent les intentions exprimées dans le testament.

1774. Notre article dit que le legs universel est le don de l'universalité des biens [7]; ce qui est bien différent du don de la totalité. Car ce dernier mot comprend un tout sans aucune exclusion ni exception. Le mot universalité, au contraire, n'est pas aussi énergique. Il se prend dans le sens d'une étendue, qui, de droit, em-

[1] 29 mai 1816 (Devill., 3, 2, 361).

[2] Cassat., rej., 13 août 1817 (Devill., 3, 1, 361).
Junge Douai, 26 août 1847 (après arrêt de partage)
(Journal du Palais, 1848, 1, p. 81). Cassat., req.
(Douai), 8 août 1848 (S. Devill., 1, 86 et suiv.).

[3] Devill., 32, 2, 146.

[4] N° 1769, 1770, 1771.

[5] La cour d'Aix l'avait tout à fait oubliée dans l'ar-

rêt Méridol, du 15 juin 1809, sévèrement critiqué par Merlin (*Repert. de jurispr.*, v° *Légataire*, § 2, n° 18 bis, p. 756, col. 1).

[6] *Supra*, n° 1768. Merlin, loc. cit. *Infra*, n° 2188.

[7] « *Res per universalitatem adquiruntur.* » (Calos, *comm.*, 2, § 97. Instit., *Per quas person. nob. adquir.*, § 6.) *Junge* Ulpien, l. 1, D., *Quorum bonorum*.

brasseraient tout, si, en fait, il ne s'y rencontrait des exceptions et des retranchements. De là vient qu'un individu peut être légataire universel, et cependant se trouver grevé de legs considérables de nature à épuiser même le patrimoine [1].

De là vient encore qu'on peut instituer un légataire universel, quoiqu'il doive subir le concours d'héritiers légitimaires (art. 1001). Bien que le légataire soit obligé de demander la saisine légale à ces derniers, il n'en demeure pas moins investi de tous les droits du défunt, sauf la portion indisponible, et son titre est même plus large que celui des légitimaires : car il recueille les legs caducs ou répudiés [2]. Quand Zachariae [3] a soutenu qu'un tel legs n'était en soi qu'un legs à titre universel, il n'a pas fait attention qu'il heurtait de front l'art. 1001 dont le texte est si clair qu'il ne laisse pas de place à la discussion.

1775. Le legs universel comprend donc tous les droits [4], tant actuels qu'éventuels, qui appartiennent au défunt, sauf ce qu'il en a distrait lui-même par des dispositions positives, et sauf toujours la portion du patrimoine réservée aux légitimaires.

Je dis que le legs universel doit contenir les droits éventuels ou à venir : car l'universalité embrasse non-seulement le présent, mais même l'avenir. Un testateur peut épuiser sa fortune par des legs particuliers : alors il dispose de tout ce qu'il a, sans faire de disposition universelle. Il ne s'occupe que du présent ; il ne parle que de choses circonscrites *loco, naturâ*. De là, il suit que tous ses droits à venir rentrent dans sa succession *ab intestat*.

Et il n'y a rien de contraire à cette règle, que c'est au légataire universel à profiter des droits à venir, dans un arrêt de la cour de cassation, du 25 janvier 1819 [5], qui a décidé que le bénéfice de la loi du 3 décembre 1814, qui rend les biens séquestrés à ceux qui en étaient propriétaires, ou à leurs héritiers ou ayants cause, devait profiter non au légataire universel du propriétaire décédé, mais à ses héritiers naturels. La raison en est que cette loi a été dictée par la politique, et qu'en restituant des biens confisqués, elle a voulu les rendre à la famille même des individus spoliés et non à des étran-

gers. On a vu, du reste, au numéro précédent, combien est énergique ce droit du légataire universel, puisqu'il profite des caducités, des nullités et éventualités, même au préjudice de l'héritier à réserve, lequel doit se trouver content lorsqu'il est rempli de sa légitime. Rien n'est plus constant, en jurisprudence, que ce droit du légataire universel, même sur le réservataire.

1776. Remarquez, toutefois, que l'héritier à réserve ne serait pas dépourvu de droit et d'action pour faire rapporter une chose à la masse des biens sur laquelle doit se calculer sa réserve. Ainsi, par exemple, le légataire universel ne pourra pas le faire déclarer non recevable à intenter une action en restitution d'objets recelés. Le légataire a, en sa qualité, un droit évident sur cette chose qui doit faire partie de celles sur l'ensemble desquelles sa réserve doit être prélevée [6].

Nous en dirons autant d'une action par laquelle l'héritier à réserve voudrait faire rentrer à la masse des objets aliénés par son auteur en vertu d'un titre nul. Son intérêt est palpable, puisque le but de l'action est d'augmenter la masse sur laquelle s'exerce son droit [7].

1777. Dans ces deux derniers cas et autres analogues, on aperçoit la différence qui existe entre la situation du légataire et celle qu'il s'arroge lorsqu'il demande la nullité d'un legs. En effet, les legs font partie de la masse sur laquelle se calcule la quotité disponible et la réserve (art. 922, Code Nap.) ; leur nullité ou leur caducité n'intéresse plus le légataire. Il a reçu la part qui lui était due par la nature et par la loi. Il doit se trouver satisfait. Il aurait plus que sa réserve, s'il profitait de la nullité des legs.

1778. S'il est vrai, comme nous venons de le dire, que le légataire universel profite des éventualités, même au préjudice de l'héritier réservataire, combien cette proposition n'est-elle pas plus évidente, quand on met le légataire universel en présence des héritiers *ab intestat* non réservataires, lesquels sont beaucoup moins favorables ! Aussi, a-t-il été jugé par un grand nombre d'arrêts que l'héritier *ab intestat* n'est pas recevable à exercer l'action en nullité ou en caducité de certains legs [8], et qu'il ne pro-

[1] Paris, 12 mars 1806 (Devill., 2, 2, 122). Cassat., 14 juillet 1830 (Dalloz, 1830, 1, 374).

[2] Grenier, n° 349. Toullier, t. V, n° 679. Coin-Delisle, n° 3, sur l'art. 1017.

[3] § 711, t. V, p. 379.

[4] Les droits sont des biens : « *Æque bonis adnuncat, rōdūtur etiam, si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus; nam hæc omnia in bonis esse videtur.* » (Ulpian, l. 49, D., De verbis, significat.)

[5] Arr. d'Espinois-Saint-Luc (Devill., 6, 9 et 10). *Junge* cassat., 9 mai 1821 (Devill., 6, 428). Cassat., 10 février 1823 (Devill., 7, 192). Cassat., 18 février 1824 (Devill., 7, 399). Cassat., 19 mai 1824 (Devill., 7, 466). Cassat., 4 juillet 1825 (Devill., 8, 149).

[6] Paris, 8 novembre 1838 (Devill., 38, 2, 353).

[7] Bourges, 1^{er} février 1832 (Devill., 32, 1, 256).

[8] Paris, 9 juin 1834 (Devill., 34, 353).

été pas de la nullité ou de la caducité de ces legs [1].

1779. On ne considérera pas comme contraire à cette règle un arrêt rendu le 20 juin 1827, par la cour de Toulouse [2], dans l'espèce suivante :

Le sieur Galibert avait fait un legs à sa mère pour lui tenir lieu de sa réserve; puis il avait fait d'autres legs particuliers et institué un légataire universel. A la mort du testateur, sa mère trouvant que sa réserve était plus avantageuse que son legs, déclara préférer sa réserve. Là-dessus, le légataire universel soutint qu'il y avait là une renonciation qui devait faire tourner à son profit le legs répudié, sauf la défaction proportionnelle avec tous les autres legs et nécessaire pour faire la réserve. Les légataires particuliers soutinrent, au contraire, que le legs en question avait une destination précise; que, dans la pensée du testateur, il devait tenir lieu de la réserve; qu'il ne devait pas par conséquent être distraité de ce but, et que les légataires particuliers n'étaient tenus qu'à compléter la différence existant entre ce legs et la réserve légale. C'est ce dernier système qui fut adopté par la cour de Toulouse et confirmé par la cour de cassation [3].

On voit que cette cause présente des circonstances toutes particulières. Le testateur ayant voulu que le legs fut employé au paiement de la réserve, il n'était pas possible de le détourner de ce but, et, comme le dit l'arrêt de la cour de Toulouse, il n'y avait pas là, à proprement parler, de caducité qui dût faire tomber ce legs dans le legs universel. Ce legs, au contraire, restait debout imputable sur la réserve et comme élément destiné à la payer; les légataires particuliers devaient profiter de cette imputation, à l'exclusion du légataire universel, sauf à eux à fournir le complément de la réserve au prorata de leurs legs.

1780. C'est aussi par des circonstances particulières qu'il faut expliquer l'arrêt suivant, rendu par la cour de Nîmes, le 19 mai 1830 [4].

La veuve Roux avait fait une donation entre-vifs à sa nièce Rose Barlier; plus tard elle fit un testament dans lequel elle légua à cette même nièce certaines créances et objets mobiliers, et elle ajoutait ces paroles remarquables :

« Et ce, en outre et sans préjudice au corps du » domaine que je lui ai donné précédemment. » Par une autre clause, la testatrice déclarait nommer Jean-Pierre Chaleil, son neveu, pour son héritier général et universel de tous ses autres biens non donnés.

La testatrice étant morte, le légataire universel a demandé la nullité de la donation faite à Rose Barlier; mais la cour de Nîmes a repoussé sa prétention. Elle a considéré que la formule du legs universel était telle que le légataire universel ne pouvait avoir aucun droit sur les choses données, d'autant que l'on pouvait considérer comme un véritable legs et comme une disposition nouvelle la clause dans laquelle il était dit : « Et ce, en outre et sans préjudice au » corps du domaine que je lui ai précédemment » donné. »

Cette décision nous paraît dictée par une saine interprétation de toutes les parties du testament. En effet, lors même que la donation eût été réellement infectée de nullité, on pouvait considérer le domaine compris dans la donation comme faisant l'objet d'une disposition nouvelle du testament.

1781. Au surplus, il y a en cette matière une règle plus générale qui domine tous les cas particuliers, c'est que, s'il est vrai qu'en thèse ordinaire le legs universel attire à lui les profits résultant des nullités, caducités et déchéances, il en est autrement toutes les fois que la volonté du testateur, qui est la souveraine maîtresse dans les dernières dispositions, a fait une exception expresse ou tacite à ce principe [5].

1782. Il se présente souvent beaucoup de difficultés, quand il s'agit d'apprécier si un legs doit être ou non qualifié d'universel. Nous en avons vu ci-dessus la preuve [6]. La solution de ce point dépend le plus ordinairement des termes employés par le testateur et de la manière dont on envisage sa volonté [7].

Ce qu'il faut s'étudier à rechercher peut se rapporter assez ordinairement à un point principal, qui consiste à savoir si le testateur n'a voulu embrasser dans ses dispositions que ses biens présents ou un émolument limité, sans entendre y faire entrer les éventualités qui pourraient, après son décès, venir augmenter son patrimoine; ou, en d'autres termes, si, dans sa

[1] Cassat., 3 bromaire an viii (Devill., 1, 1, 262). Cassat., 19 novembre 1808 (Devill., 2, 1, 500). Cassat., req., 20 juillet 1809 (Devill., 3, 1, 86). Cassat., 14 mars 1815 (Devill., 5, 1, 27). Cassat., 14 décembre 1819 (Devill., 6, 1, 150). Limoges, 30 décembre 1830 (Devill., 31, 2, 207). Limoges, 8 décembre 1837 (Devill., 39, 2, 27). Cassat., rej., Bordeaux, 11 avril 1838 (Devill., 38, 1, 418). Cassat., rej., Douai, 20 no-

vembre 1843 (Devill., 43, 1, 859).

[2] Devill., 9, 1, 131.

[3] 3 juillet 1828 (Devill., 9, 1, 131).

[4] Devill., 31, 2, 53.

[5] Cassat., 18 mai 1825 (Devill., 8, 1, 126). Cassat., 15 juillet 1828 (Devill., 9, 1, 132).

[6] Nos 1769, 1770, 1771, 1772.

[7] Cassat., req., 5 mai 1832 (Devill., 32, 1, 323).

pensée, son legs était enfermé dans des bornes infranchissables, de telle sorte qu'il ne pût s'étendre par l'accroissement des profits éventuels qui tombent ordinairement dans la succession. On voit tout de suite, en effet, que le caractère d'universalité manque à une telle disposition.

1783. Passons en revue quelques exemples.

Un testateur, après avoir fait plusieurs dispositions à titre particulier, déclare qu'il donne le surplus de ses biens à une personne déterminée. Est-ce là un legs universel? Ou, en d'autres termes, le légataire est-il appelé par cette disposition à recueillir les legs caducs au préjudice de l'héritier *ab intestat*?

On ne comprend pas, au premier coup d'œil, que le caractère de legs universel fasse difficulté; car le mot « surplus, » dont s'est servi le testateur, embrasse sans aucune exception tout ce qui ne doit pas profiter à d'autres. Il y a cependant, en réalité, un doute sérieux, et ce doute provient de ce que, dans l'ancienne jurisprudence, tous les auteurs n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si on devait entendre, par le surplus des biens, ceux que le testateur en avait expressément retranchés par des legs particuliers, bien que quelques-uns de ces legs particuliers fussent frappés de nullité ou de caducité. Il y avait des interprètes qui ne pouvaient comprendre que les objets légués profitassent au légataire universel que la volonté du testateur en avait privé par cette défalcation. Ils disaient qu'en pareil cas le legs n'était universel que de nom, qu'il n'embranchait pas les legs nuls ou caducs, et que ces legs devaient profiter à l'héritier *ab intestat*.

Tel était l'avis de Denisart [1], dont voici les paroles :

« En général, les legs particuliers appartiennent au légataire universel, à titre d'accroissement, et non à l'héritier. Mais il y a des cas où les legs particuliers caducs, appartiennent à l'héritier et non au légataire universel. Par exemple, si le testateur, après avoir fait des dispositions particulières, disait, ainsi que cela se trouve souvent : Et quant au surplus de mes biens, je les laisse à X... que j'institute mon légataire universel. Alors le légataire ne pourrait avoir que le surplus, parce que la lettre du testament résiste à l'accroissement. »

Et Ricard [2] n'était pas éloigné de croire que la volonté du testateur pouvait, suivant les

circonstances, se plier à cette interprétation.

Mais Pothier [3] la condamnait avec raison, et un arrêt du parlement de Paris, du 28 mars 1740 [4], était conforme à l'opinion de ce jurisconsulte.

C'est ce dernier sentiment qui seul doit prévaloir aujourd'hui [5]. En effet, le Code Napoléon déclare formellement que, par le legs universel, le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès. Le legs universel comprend donc tout ce dont le testateur n'a pas spécialement et valablement disposé, quelle qu'en puisse être la valeur. Il comprend donc tous les objets que le testateur a légués par des dispositions qui, au moment de son décès, se trouvent comme non écrites.

Sans doute, le caractère des dispositions testamentaires est indépendant de l'écorce des mots; mais ici les mots disent tout ce qu'ils veulent dire, et c'est une universalité qu'ils expriment. Comment ne voit-on pas que le surplus embrasse tout ce qui n'est pas utilement délégué? Comment ne voit-on pas que le surplus ne serait pas ce qu'il signifie, s'il était amoindri par le retranchement de quelque chose qui ne reuvre pas dans le cercle des libéralités dont les légataires sont saisis? Il est vrai que le testateur qui a cru à l'efficacité de tous ses legs n'a pas pensé que ceux qui seraient nuls profiteraient au légataire universel; mais c'est précisément le caractère du legs universel d'embrancher, ainsi que nous l'avons vu [6], tout ce qui est imprévu. Quand le testateur a ôté au légataire universel telle ou telle chose qu'il a léguée, ce n'est qu'en vue de la personne du légataire particulier à qui il voulait donner une preuve de son affection. Or, si celui-ci n'en profite pas, comment est-il possible de prétendre, au nom de la volonté du testateur, que cette chose doit passer à l'héritier *ab intestat*, à qui cette volonté n'a rien laissé, et au préjudice duquel elle a épuisé tout l'actif présent et éventuel de la succession? Comment ne pas voir, au contraire, que la préférence est pour le légataire universel que le testateur a investi de son entière hérédité, après le retranchement des dons et legs [7]?

Il ne faut donc pas suivre la doctrine émise en cette matière par l'arrêt d'Aix précité, du 5 juin 1809 [8]. Les côtés faibles de cet arrêt ont été démontrés avec une grande force de rai-

[1] V° *Accroissement*, n° 22, 23.

[2] *Part.* 3, n° 302.

[3] *Introd.* au t. XVI, *Cont. d'Orléans*, sect. 3, § 4, n° 142.

[4] Ricard, *loc. cit.*, n° 301.

[5] Cassat., req., 5 mai 1852 (S. Devill., 52, 1, 322).

[6] *Suprà*, n° 1775.

[7] Merlin, *Repert.*, v° *Légataire*, § 6, n° 18 bis, p. 757. Toulouse, 10 juillet 1827 (Devill., 8, 2, 388). Colmar, 26 mai 1821 (Dalloz, 1821, 2, 292). Cassat., req., 3 avril 1849 (Journal du Palais, 1851, 4, 465).

[8] Merlin, *loc. cit.* Dalloz, *Jur. gén.*, t. VI, p. 65.

son par Merlin devant la cour de cassation ; si le pourvoi fut rejeté, c'est qu'une fin de non-recevoir ne permit pas à la cour de statuer sur la question du fond.

1784. Ceci posé, arrivons à une nuance remarquable du legs du surplus. Dans ce que nous avons dit jusqu'à présent, nous avons mis ce legs en présence de legs particuliers. Mais il faut supposer maintenant qu'il se trouve combiné avec un legs de quotité, comme, par exemple, si après avoir donné le quart de ses biens à Primus, le testateur donne le surplus à Secundus. Ce legs serait-il un legs universel tout aussi bien que dans les cas qui précèdent ?

Cette question est délicate. Pour la résoudre, rappelons-nous ce que nous avons dit plus haut [1] : que quand le testateur donne à Primus le quart de ses biens, et à Secundus les trois quarts de ses biens, il ne fait que deux legs de quotité, c'est-à-dire, à titre universel.

Or, quelle différence y a-t-il entre cette hypothèse et celle que nous examinons ici ? Dire : Je donne le quart de mes biens à Primus et le surplus à Secundus, n'est-ce pas déclarer, par une formule équivoque, que Secundus n'aura que les trois quarts restants ?

Parlant de là, la plupart des auteurs [2] sont d'avis qu'un tel legs n'est qu'un legs de quotité, et l'on peut appuyer cette opinion d'un passage de l'exposé des motifs du titre *Des testaments*, fait par Bigot de Préameneu, et ainsi conçu :

« Lorsqu'il y aura un légataire à titre universel « d'une quotité quelconque de tous les biens, « on devra mettre dans cette classe celui qui « serait porté, dans le même testament, pour le « surplus des biens sous le titre de légataire « universel [3]. »

Pourtant de sérieuses objections se présentent à l'esprit.

On convient, en effet, que lorsque le testateur a des héritiers à réserve et qu'il stipule dans son testament la part qui leur revient, le legs du surplus est un legs universel [4]. Or, la réserve est toujours une quote, la moitié, le tiers, le quart : et, néanmoins, on n'a pas la pensée de soutenir que le surplus n'est qu'une autre quote-part corrélatrice et exclusive de toute idée d'universalité. Il a même été jugé par la cour de cassation [5] que lorsque le testateur a défini par un chiffre précis la part du réservataire, comme, par exemple : « Je donne à ma mère le quart de

« mes biens pour lui tenir lieu de sa réserve, » le legs du surplus n'est pas seulement un legs de la quotité restante, c'est-à-dire, des trois quarts, mais que ce legs a toute l'étendue d'un legs universel. Pourquoi donc en serait-il autrement, quand la quotité du legs à titre universel est fixée par la volonté arbitraire du testateur ? Cette réflexion nous conduit à penser qu'il n'y a pas une entière similitude entre le legs du surplus venant après le legs de quotité, et le legs de deux quotités précises qui épuisent l'hoirie et se limitent respectivement. Le legs du surplus a beaucoup plus d'élasticité ; il se prête à une étendue variable. Au contraire, le legs des trois quarts des biens, après le legs du quart, ne peut jamais comprendre rien de plus que ces trois quarts ; il est renfermé dans ce cercle infranchissable ; nul objet ne peut venir s'y ajouter sans forcer la volonté. Comment, par exemple, y ferait-on entrer la représentation de la personne du défunt, et le droit de saisine dont le testateur peut évidemment disposer, toutes les fois qu'il n'y a pas un héritier à réserve ? Comment pourrait-on dire que, par le legs des trois quarts des biens, le testateur a investi son légataire de ces prérogatives juridiques qui sont en dehors d'une fraction de ces mêmes biens ? Au lieu que dans le legs du surplus, il n'y a rien qui choque la raison et les mots, lorsqu'on entend que ce surplus comprend, outre les choses mobilières et immobilières, ces attributs qui forment le *nomen juris*, qui sont une partie de l'universalité, et qui caractérisent la transmission de la succession.

1785. A plus forte raison, le legs du surplus devrait-il être considéré comme universel, s'il venait après un legs à titre universel qui ne serait pas un legs de quotité, mais qui serait, par exemple, le legs de tous les meubles, ou bien encore le legs de tous les immeubles. On comprend, en effet, qu'en pareil cas, il serait beaucoup plus difficile de transformer le legs du surplus en un legs de quotité précise. Il a évidemment une étendue sans limite qui attire à elle tous les éléments utiles, matériels ou abstraits de la succession, à l'exception des parties qui en ont été retranchées par le legs à titre universel. Quoique le contraire ait été jugé par un arrêt de la cour de Bruxelles, du 29 juillet 1800 [6], il n'en faut pas moins tenir votre proposition comme constante. Nous craignons

[1] Supra, n° 1764.

[2] Delvincourt, note 5, sur le p. 91. Toullier, t. V, n° 512. Duranton, t. IX, n° 144, 186 et suiv. Proudhon, *De l'usufruit*, t. II, p. 399. Vazeille, n° 4, sur l'art. 1003. Colin-Delisle, n° 8, sur l'art. 1003. Zachariæ, § 711, t. V, p. 378.

[3] Fenet, t. XII, p. 360. Locré, t. XI, p. 407, n° 66.

[4] Vazeille, loc. cit.

[5] Cassat., rejet de Bordeaux, 11 avril 1838 (Devill., 38, 1, 418).

[6] Dalloz, *Jur. gén.*, t. VI, p. 76. Devill., 3, 2, 109.

que cet arrêt n'ait été influencé par quelques-uns des souvenirs de l'ancienne jurisprudence retracée par Denisart et dont nous avons parlé plus haut (1).

1786. En principe et dans les circonstances ordinaires, le legs de tous les meubles, ou bien le legs de tous les immeubles, sont des legs à titre universel. Voici cependant un cas où le legs de tous les immeubles, a dû être considéré, à raison de faits particuliers, comme constituant un legs universel.

Un testateur donne tous ses meubles, dettes actives, or, argent, argenterie, etc., à Primus. Il donne ensuite tous ses immeubles à Secundus, fils de Primus, en l'assujettissant à toutes les charges héréditaires; il déclare, en outre, que si Primus vient à décéder avant l'ouverture de la succession, le legs de tous les meubles profitera à Secundus, déjà légataire de tous les immeubles, comme on vient de le voir. Enfin, il est à remarquer que le testateur donne à Secundus le titre de son héritier universel.

Quoiqu'il ait été soutenu devant la cour de Lyon et devant la cour de cassation, que le legs fait à Primus n'était qu'un legs à titre universel, on aperçoit cependant qu'il y avait un ensemble de circonstances spéciales qui donnait à la disposition un caractère évident d'universalité. Non-seulement Secundus était investi du titre d'héritier universel, mais il en avait encore les attributions. Il devait payer tous les legs, charges et dettes. Et le testateur avait si bien voulu lui transférer l'universalité de sa succession, que, prévoyant le cas de la caducité du legs des meubles, il l'avait appelé à profiter de cet élément considérable de son héritage. Aussi la cour de cassation n'a-t-elle pas hésité à rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour de Lyon, qui avait vu dans le legs dont il s'agit un legs universel (2).

1787. Le legs de tous les meubles et de tous les immeubles ne comprend pas, à la rigueur, l'universalité de la succession (3); mais supposons que le testateur dise : « Je donne à Pierre la totalité, en meubles et immeubles, de ce qui » m'appartient sans aucune réserve, » et qu'à cette disposition il ajoute que le légataire payera les charges imposées à tout légataire universel. Il n'y aura rien que de très-juridique dans la décision qui attribuera à Pierre la qualité de légataire universel. Ces mots, « sans aucune réserve, » joints à ceux « à la totalité de ce qui m'appartient, » indiquent qu'il ne faut pas prendre le

mot « meubles » dans un sens restreint, et que le testateur a voulu faire passer sur la tête de Pierre la totalité de ses droits quelconques. C'est, d'ailleurs, ce qu'il exprime lui-même en le comparant, sous le rapport des charges, à un légataire universel. Dans sa pensée, Pierre n'avait pas une autre position pour ce qui concerne l'émolument (4).

1788. Pour terminer cette série d'exemples, nous citerons un dernier arrêt où, malgré les apparences extérieures, un legs a été considéré comme limité, bien que le testateur eût donné à celui qu'il instituait le titre de légataire universel.

L'abbé Vollius, ancien évêque de Dijon, laisse un testament par lequel il institue ses légataires universels pour une demié chacun, Marie Guedeney, sa domestique, et le sieur Sylvestre.

Le testament fut attaqué par les héritiers comme étant l'œuvre de la suggestion et de la captation, et, dans le fait, le résultat de l'instruction établit que l'abbé Vollius avait été circonvenu par les manœuvres dolosives de Marie Guedeney. Le legs de moitié fait à cette femme fut donc déclaré nul. Mais à qui devait profiter la nullité? Aux héritiers *ab intestat*, ou au sieur Sylvestre, qui se prévalait de son titre de légataire universel?

La cour de Dijon, après avoir étudié toutes les circonstances de la cause, décida que Sylvestre n'était qu'un légataire de quotité; que l'intention du testateur n'avait jamais été que cet individu recueillît plus que la moitié, et que ce serait outre-passer sa volonté que de le faire profiter de la nullité. Sur le pourvoi, la requête fut rejetée par arrêt de la cour de cassation, du 18 mai 1825 (5).

Ces décisions se soutiennent par une appréciation dont on ne saurait contester l'exactitude. Il est à remarquer, d'ailleurs, qu'on faisait à Sylvestre une condition très-favorable; car, pour le considérer comme légataire universel, il aurait fallu l'associer à la femme Guedeney, et, dans ce cas, il aurait eu le même sort que cette dernière. Ce n'est que parce qu'une interprétation bénigne l'avait séparé de cette femme que son legs se soutenait. Or, dans cet état de choses, il n'était possible de voir, dans la libéralité qui lui était faite, qu'un legs limité à une quotité et non un legs universel.

1789. Nous examinerons, au n° 1816, quel est le caractère du legs de l'usufruit de tous les biens.

(1) N° 1783.

(2) Cassat., 25 novembre 1818 (Devill., 5, 1, 331).

(3) Arg. de l'art. 333 du C. Nap.

(4) Roen, 27 mai 1806 (Devill., 2, 2, 149).

(5) Devill., 8, 1, 126.

1790. On voit, du reste, par ce qui précède, que peu importera la dénomination que le testateur aura donnée à son legs. Legs universel ou legs à titre universel, c'est d'après l'ensemble des dispositions contenues au testament qu'il

faut apprécier le caractère du legs. C'est à la vérité qu'il faut s'arrêter et non à l'écume des mots; c'est à l'intention du testateur et non pas aux expressions dont il s'est servi [1].

ARTICLE 1004.

Lorsque au décès du testateur il y a des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit, par sa mort, de tous les biens de la succession; et le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament.

SOMMAIRE.

1791. De la saisine des biens.
1792. Le testateur ne peut priver les héritiers légitimes de la saisine.
1793. Des actions qui compétent au légataire pour obtenir la délivrance. — Du droit romain.
1794. Des actions personnelles, réelles et hypothécaires accordées par le Code aux légataires.
1795. Difficultés entre les anciens auteurs sur le point de savoir si l'action hypothécaire doit être

- exercée solidairement contre chacun des cohéritiers.
1796. Cette hypothèque s'étend-elle aux biens propres de l'héritier?
1797. Le légataire universel qui demande la délivrance de son legs doit-il venir par simple action?
1798. Procédure de l'action en délivrance. — Cette action appartenant à la juridiction contentieuse.

COMMENTAIRE.

1791. L'art. 1004 et les suivants s'occupent de la saisine des biens dans le cas où il y a un légataire universel.

Nous avons fait connaître [2] l'état de la législation ancienne, soit romaine, soit coutumière, sur la manière dont les successions se trouvaient défrayées par testament. Nous avons dit que, d'après le droit romain, l'institué était saisi au préjudice des héritiers *ab intestat*; qu'au contraire, dans le droit coutumier, c'étaient les héritiers *ab intestat* qui étaient saisis de plein droit, et que les légataires devaient leur demander la délivrance. Enfin, nous avons montré comment le Code a concilié ces deux systèmes par un parti mitoyen, en donnant la saisine légale aux héritiers du sang lorsqu'ils sont légitimes, et en donnant la saisine aux légataires universels, sans avoir égard aux héritiers *ab intestat*, lorsqu'il n'y a pas de légitimes. Il est inutile de nous arrêter plus longtemps sur ce point.

1792. Notre article prévoit le cas où un

légataire est en concours avec un institué, et, comme nous venons de le rappeler, il dit que le légataire est saisi de plein droit [3], et que le légataire est tenu de lui demander la délivrance.

Mais le testateur peut-il, par une disposition expresse, priver les héritiers légitimes de la saisine légale et dispenser les légataires universels de la demande en délivrance?

La question se résout évidemment par la négative [4].

Dans le droit romain, cependant, même après que les legs eurent été égalés [5] et qu'ils furent soumis à la demande en délivrance, on regardait comme constant que le légataire était dispensé de la demander dans deux cas : le premier, lorsqu'il se trouvait en possession légitime de la chose léguée [6]; le second, lorsque le testateur lui avait permis expressément de prendre possession du legs sans demander la délivrance [7].

Mais ce point de droit n'était point suivi

[1] Bruxelles, 24 juillet 1809 (Dalloz, *Jur. gén.*, VI, p. 76). Cassel., 18 mai 1825 (Devill., 8, 1, 126). Cassel., 28 août 1827 (Devill., 8, 1, 678).

[2] Nos 1434 et suiv.; nos 1754 et suiv.

[3] Ils sont saisis de plein droit sans avoir besoin de faire acte d'héritiers. *Infra*, art. 1006.

[4] Ann. Br., 2 déc. 1830 (*Jur. de Belg.*, 1830, 2, 133).

[5] No 1761.

[6] Ulpian, l. 1, § 5, D., *Quod legatarum*.

[7] Fargola, ch. 10, no 60. Guy Pape, quest. 609. Voet, *Ad Pand.*, De legatis, no 45. Papon, l. 30, l. 5, art. 1. Grolius, *Manuel de la jurispr. holland.*, l. 2, c. 23, nos 26 et 27.

dans les pays coutumiers, « parce que la possession de droit des héritiers étant en leur faveur (eu vertu de la maxime *le mort saisit le vif*), et contre la liberté du testateur, il s'ensuivrait qu'il n'était pas en son pouvoir de se dispenser lui-même d'une loi qui lui était imposée de ne pouvoir saisir, de plein droit, ses légataires [1]. »

Quant au cas où le légataire se trouvait déjà en possession (et ceci avait plus particulièrement rapport au légataire d'un objet déterminé), ce légataire n'était pas obligé de ressaisir l'héritier du sang, pour lui demander ensuite la délivrance par un circuit d'actions inutile et dispendieux [2].

Sous le Codo, ces deux opinions doivent être adoptées. La saisine est, en effet, un moyen d'ordre et de régularité dont on ne saurait s'écarter sans inconvénient; il ne dépend pas du testateur de porter atteinte à une dévolution que la loi a établie en vue d'une prééminence due à certaines personnes privilégiées par le sang [3]. Mais lorsque le légataire est déjà saisi, le motif de la loi disparaît; il faut éviter, sous une législation aussi simple que la nôtre, les détours, les longueurs et les formalités superflues [4].

1793. Il convient maintenant d'examiner quelles actions a le légataire pour obtenir la délivrance.

Dans le droit des Pandectes, on distinguait quatre sortes de legs : le legs *per vindicationem*, le legs *per damnationem*, le legs *sinendi modo*, et le legs *per praeceptionem* [5].

Le legs *per vindicationem* se faisait par ces paroles : *Do, lego, capito, sibi habeto* [6]. Dans ce cas, le légataire avait la faculté de revendiquer la chose léguée sur l'héritier et même sur un tiers. La chose appartenait au légataire aussitôt après l'adition d'hérédité. Il fallait, toutefois, pour cela, d'après une constitution d'Antonin le Pieux, que le légataire eût connaissance du legs [7].

Le legs *per damnationem* se faisait par ces paroles : *Hæres meus damnas esto dare*, ou bien : *Dato, facito, hæredem meum jubeo* [8]. Le légataire devait demander la délivrance par l'action *in personam* [9].

La formule du legs *sinendi modo* était ainsi conçue : *Hæres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illum rem sibi habere* [10]. Le légataire devait également demander la délivrance par l'action *in personam* [11].

Le legs *per praeceptionem* était par sa nature un legs par préciput, et se faisait par suite à un héritier : *Lucius Titius illum rem præcipito* [12]. L'héritier ainsi gratifié se faisait remplir de son legs par l'action *familias eriscunde* [13].

Justinien [14] abrogea, comme nous l'avons dit [15], toutes les distinctions que le droit romain avait établies entre les quatre espèces de legs; il accorda trois actions différentes pour obtenir le payement des legs et des fidéicommiss de la part des héritiers qui en étaient grevés; obligeant les légataires et fidéicommissaires à demander la délivrance, et les soumettant à l'interdit *quod legatorum*, s'ils prenaient possession de leur autorité.

Ces trois actions étaient l'action personnelle, l'action réelle ou en revendication, et l'action hypothécaire [16].

L'action personnelle, ou l'action *ex testamento*, avait pour but de faire condamner celui qui était grevé du legs à la délivrance de la chose, si elle existait et si elle était en sa possession, sinon à en payer la valeur [17]. Cette action était fondée sur le quasi-contrat qui s'établissait entre l'héritier et celui dont il accepte la succession, et sur l'obligation tacite qu'il contracte par là d'exécuter les volontés de ce dernier. Elle ne compétait que contre le grevé de legs, c'est-à-dire, contre l'héritier [18].

L'action réelle ou la revendication résultait du principe que la propriété de la chose léguée passait immédiatement sur la tête du légataire.

[1] Ricard, part. 2, n° 9. Pothier, *Donat testam.*, ch. 5, sect. 2, § 2.

[2] Ricard, *loc. cit.*, n° 11.

[3] Grenier, n° 239. Bayle-Mouillard, même numéro. Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, sect. 5, p. 783. Toullier, t. V, n° 494. Delvincourt, t. II, note 7, sur la p. 4. Duranton, t. IX, n° 191. Coin-Delisle, n° 6, sur l'article 1004. *Junge* Bruxelles, 2 décembre 1850 (Devill., 31, 2, 63).

[4] Nous examinerons *infra*, n° 2566, si l'institut contractuel est saisi et, par conséquent, dispensé de demander la délivrance.

[5] Instit., *De legatis*, § 2. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 269, n° 2.

[6] Calus, comm. 2, § 193. Ulpian, *reg.* 24, § 3.

[7] Calus, comm. 2, § 193.

[8] Calus, comm. 2, § 201.

[9] Calus, comm. 2, § 204.

[10] Calus, comm. 2, § 209. Ulpian, *reg.* 24, § 5.

[11] Calus, comm. 2, § 214.

[12] Calus, comm. 2, § 216. Ulpian, *reg.* 24, § 6.

[13] Calus, comm. 2, § 219.

[14] Instit., *De legat.*, §§ 2 et 3. Ulpian, l. 1, D., *De legat.*, 1°.

[15] N° 1755, 1761. Voy., au comm. de l'art. 1017, les n° 1924 et suiv.

[16] Furgole, ch. 10, n° 26. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 351, n° 295 et suiv.

[17] Furgole, ch. 10, n° 26. Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 6, p. 787.

[18] Voet, *De legatis*, n° 38 (*Ad Pand.*). Pothier, *Pand.*, t. II, p. 352, n° 102. *Infra*, n° 1921.

Celui-ci pouvait l'intenter aussi bien contre les tiers possesseurs que contre l'héritier lui-même; car, en matière de revendication, on n'examine pas si l'assigné est personnellement obligé envers le demandeur, mais seulement si celui-ci est propriétaire de la chose que celui-là possède [1]. L'action de *rei vindicatione* ne pouvait compétir pour les legs d'une somme, d'une quantité; elle n'avait lieu que pour les corps certains et déterminés qui seuls pouvaient être l'objet de la revendication [2].

L'action hypothécaire devait son existence à Justinien [3]. L'hypothèque légale qui faisait la matière de cette action affectait généralement tous les biens qui avaient été transmis à l'héritier chargé du paiement du legs. Le testament produisait donc hypothèque sur ces biens, et il en résultait de grands avantages pour les légataires, ne fut-ce que de pouvoir agir contre les tiers acquéreurs des biens recueillis par la personne obligée au paiement [4].

1794. Ces trois actions ont été conservées par le Code Napoléon. C'est ce qui résulte des art. 1009, 1012 et 1017.

On objectera que ces articles ne parlent nullement des légataires universels et qu'ils ne s'appliquent qu'aux legs particuliers. Mais la réponse est facile. Il n'est pas probable que la loi ait voulu donner plus de faveur aux legs particuliers qu'aux legs universels, et mieux assurer dans un cas que dans un autre la volonté du testateur. D'ailleurs, si les légataires universels sont *loco hæredis*, ce n'est que pour le paiement des dettes et des charges héréditaires. A l'égard des légataires, ils ne sont que de simples légataires tenus à demander la délivrance. Vouerait-on que l'héritier réservataire saisi de la succession pût vendre ou aliéner les biens, et qu'il ne fût tenu que d'une simple action personnelle qui serait souvent insuffisante? Ce sys-

tème n'aurait-il pas pour effet de favoriser la violation de la volonté du testateur? Il faut donc que, pour la sûreté du legs, le légataire universel ait l'action hypothécaire comme le légataire particulier. Dans le droit romain, l'héritier *in re certâ* avait cette action contre l'héritier universel institué, parce que cette chose certaine tenait lieu de legs [5]. Ne doit-il pas en être de même du légataire universel qui, à l'égard de l'héritier légitime, n'est qu'un simple légataire?

A la vérité, l'action réelle ou de revendication dont il est question au Dig., sous le titre *De rei vindicatione*, ne compétait que pour les corps certains; elle n'a pas lieu pour les dettes pécuniaires, la prestation des faits, les libérations, les legs de quantité, les servitudes [6]; et un legs universel peut comprendre toutes ces choses [7]. Mais rien n'empêcherait que le légataire universel ne pût intenter l'action de revendication pour un corps certain faisant partie du legs dont on refuserait de faire la délivrance, et qui serait possédé par un tiers. Car l'action de revendication appartient à tout propriétaire qui trouve sa chose possédée par autrui [8].

Le légataire universel a donc trois actions pour obtenir la délivrance des choses qui composent son don : l'action personnelle, l'action réelle et l'action hypothécaire.

L'action personnelle pour faire condamner le détenteur, ou les détenteurs, à la délivrance de tout ce que contient le legs, sinon à en payer la valeur.

L'action de revendication pour se faire délivrer, par le possesseur, les corps certains qui peuvent être compris dans le legs.

L'action hypothécaire, par laquelle les héritiers sont tenus hypothécairement pour le tout à la délivrance du legs. Cette hypothèque légale fait que tous les biens composant la succession

[1] Julianus, l. 53, D., *De rei vindicatione* : « Si possessor fundi, ante iudicium acceptum, duobus hæredibus relictis, decesserit, et ab altero ex his, qui totum fundum possidebat, totus petitus fuerit, quin in solidum condemnari debeat dubitari non oportet. »

[2] Voet, *De legat.* (Ad Pand., n° 39).

[3] L. 1, C., *Communio de legatis*. Voet, loc. cit., n° 40.

[4] Voet, *Ad Pand.*, In quibus causis pignus vel hypo., l. 20, l. 11, n° 21, s'exprime ainsi :

« Effectus et factor implementi ultimum est voluntatum, ut legatariis ac fideicommissariis hypotheca per leges concessa fuerit in bonis defuncti pro legatis ac fideicommissis per eum relictis asseruit : non item in bonis hæredis aut aliorum gratia. Cujus hypothecæ non ex eis est, quod tum legatarii tum fideicommissarii exercere possunt præstationis jura in bonis defuncti adterans defuncti ipsius creditores; cum in aperto sit, et veteri et novo jure nec legatis nec fideicommissis præstanda esse, nisi postquam omnes dimissi fuerint defuncti creditores. Sed

potius quod creditoribus hæredis mutependi sint in defuncti rema... Unde sicut legatarii omnino postponendi sunt defuncti creditoribus, id ex utraque omnibus hæredis non restitueri rogati creditoribus, licet hypothecæ generalis asseratur vel legatis minus potiores... »

Notre régime hypothécaire a modifié les principes posés par Voet. C'est la séparation des patrimoines qui fait préférer le légataire aux créanciers personnels. L'hypothèque n'empêche pas le concours de ces derniers, lorsqu'ils sont créanciers hypothécaires; bien plus, l'hypothèque du légataire n'a rang que du jour de son inscription. *Infra*, sous l'art. 1017, n° 1927.

[5] Voet, *Ad Pand.*, *De legat.*, n° 40.

[6] Voet, loc. cit., n° 39.

[7] D'ailleurs l'action vindicatoire *rei* n'a pas lieu pour une universalité (Pothier, *Pand.*, l. 1, p. 213 et 214, nos 1 et 2).

[8] Voet, *Ad Pand.*, *De rei vindicat.*, n° 2. Pothier, *Pand.*, l. 1, p. 213, n° 12.

sont affectés au paiement du don, quels que soient les partages que les héritiers aient pu faire entre eux.

Supposons, pour faire mieux comprendre le sens de la loi, que Titius, laissant deux fils, institue Sempronius pour son légataire universel. Au décès du testateur, Sempronius est cru mort. Les deux frères s'emparent de la succession, et par un arrangement l'aîné garde tous les biens, et récompense son frère en argent. Au bout de cinq ans Sempronius reparait, il demande l'exécution de son legs universel, et assigne l'aîné des enfants de Titius auquel il demande la délivrance de la totalité des biens : si cet aîné n'était tenu que d'une hypothèque divisible suivant sa part et portion, il ne devrait restituer que la moitié des biens. Mais comme l'hypothèque est de sa nature indivisible, et qu'il est tenu hypothécairement pour le tout, il devra restituer tous les biens, sauf son recours contre son frère.

1795. Cependant ce point a eu de la peine à s'établir dans la jurisprudence. Les plus graves interprètes étaient partagés sur la question de savoir si l'hypothèque devait être exercée solidairement contre chacun des cohéritiers, ou bien si elle devait être intentée suivant la portion héréditaire de chacun.

Dumoulin [1], Cujas [2], Henrys [5], Ricard [4], Favre [3], Voet [6] et Pothier [7], pensaient que cette hypothèque légale était d'un genre particulier, qu'elle se divisait comme l'action personnelle dont elle dépendait, et que les héritiers n'en étaient tenus que jusqu'à concurrence de leur portion héréditaire [8].

D'autres, comme Loiseau [9] et Renusson [10], pensaient que les testaments reçus par une personne publique produisaient une hypothèque ordinaire et indivisible, mais que les testaments olographes ne produisaient qu'une hypothèque divisible.

Quelques-uns, tels que Choppin [11], Maynard [12] et Louis Carondas [13], rejetant l'indivisibilité de l'hypothèque légale au profit du légataire, l'admettaient toutefois pour les legs pieux.

Enfin, un quatrième avis, rejetant toutes ces

distinctions, soutenant que l'hypothèque légale accordée par Justinien n'avait aucun caractère particulier ; qu'elle était indivisible et solidaire contre tous les héritiers ; que si ces derniers devaient être condamnés personnellement, pour leur part et portion, ils devaient être condamnés hypothécairement pour le tout. Telle était l'opinion de Furgole [14], de Merlin [15] et de plusieurs autres auteurs plus anciens [16].

Toutes ces opinions divergentes venaient de l'interprétation à donner à la loi 1 au Code, *Communio de legatis*.

Cujas, Dumoulin et les autres soutenaient que Justinien avait dit « que chaque héritier ne pourrait être actionné par l'action hypothécaire que dans les bornes de l'action personnelle. »

Furgole enseignait, au contraire, d'après la loi précitée, que si l'action personnelle se divisait entre les héritiers pour leur part et portion, l'action hypothécaire subsistait contre chacun d'eux sans division et pour le tout [17].

Nous venons de voir [18] que c'est pour cette dernière opinion que le Code s'est déterminé : et l'on ne peut disconvenir qu'il n'ait choisi le parti le plus conforme aux principes naturels de l'hypothèque, et le mieux fait pour assurer la volonté du testateur et le paiement des legs.

1796. Mais cette hypothèque s'étend-elle aux biens propres de l'héritier, ou bien est-elle bornée aux biens de la succession ?

La loi 1 au Code, *De legatis*, décide que les biens de l'héritier ne sont pas obligés [19]. Il y a plus, la loi 1 au Digeste, *De pignoris*, enseigne que l'action elle-même ne donnait aux légataires du défunt aucun droit d'hypothèque sur les biens de l'héritier ; car, chez les Romains, l'hypothèque ne s'acquerrait que par stipulation et jamais par le caractère de l'acte et de la personne qui l'avait reçu [20].

Dans le droit français, où l'on suivait d'autres principes, il en était différemment.

Si l'adition se faisait en justice ou par acte notarié, elle soumettait à l'hypothèque les biens de l'héritier ; car l'adition opérant un quasi-contrat entre l'héritier et les légataires, et quand

[1] *De dividuo et individuo*, part. 2, n° 8 et seq.

[2] l. 35, D., *De legatis*, 2°, lib. 9. *Resp. Modestini*.

[3] T. 2, l. 4, quest. 171 (édition de 1738).

[4] Part. 2, ch. 1, sect. 4, n° 28.

[5] Code, l. 6, lib. 23, déf. 1 et 7.

[6] Lib. 20, l. 11, *Ad Pand.*, n° 21.

[7] *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 5, art. 2.

[8] Grenier, *Hypothèques*, n° 422.

[9] *De Degeneriscentia*, l. 1, ch. 7, n° 1 et 5.

[10] *Traité des Propres*, ch. 3, sect. 12.

[11] *De moribus Parisiens.*, l. 2, l. IV, n° 19.

[12] Liv. 8, ch. 63.

[13] *Réponses*, l. 6, ch. 33.

[14] Ch. 10, n° 45 et suiv.

[15] *Répert.*, v° *Légataire*, § 5, n° 12 et suiv., p. 793 et suiv.

[16] Bœquet, *Des droits de justice*, ch. 8, n° 26. Moraeus sur la l. 18, C., *De portis*. Bagnou sur la l. 1, C., *Communio de legatis*.

[17] Furgole, *loc. cit.*

[18] N° 1794.

[19] Voet, *Ad Pand.*, *De legat.*, n° 21.

[20] Furgole, ch. 10, n° 52.

ce quasi-contrat se trouvait contenu dans un acte produisant hypothèque, comme le faisaient les actes publics, les légataires avaient nécessairement une hypothèque du jour de l'adition.

Que si l'adition se faisait sans acte judiciaire ou notarié, les légataires n'avaient aucune hypothèque à prétendre [1].

Cette distinction n'a plus d'autorité sous le Code et ne peut plus être suivie; car l'acceptation par acte authentique de l'héritier ne produit pas un consentement exprès pour hypothéquer ses biens et n'entraîne pas une désignation spécifique de ces biens. L'acceptation au greffe n'équivalait pas à un jugement [2].

1707. Le légataire universel, qui demande la délivrance de son legs, doit-il venir par simple action, ou bien peut-il procéder de plano par voie de saisie et exécution?

Quelques auteurs [3] pensaient, sous l'ancienne législation, que l'on pouvait commencer par voie d'exécution; d'autres [4] voulaient que l'on ne pût venir par exécution que lorsque le testament était authentique; d'autres, enfin, voulaient que, dans tous les cas, on ne pût venir que par droit d'action [5].

Cette dernière opinion est la seule bonne. Nous avons dit que le légataire avait trois actions; mais aucune de ces actions ne peut servir de fondement à un acte d'exécution. Ce n'est

que lorsqu'elles ont été intentées dans la forme ordinaire, qu'elles peuvent donner lieu à la voie d'exécution, si toutefois elles ont été suivies d'un jugement de condamnation [6].

1708. D'après l'art. 59 du Code de procédure civile, c'est dans le lieu où la succession est ouverte que l'action en délivrance doit être intentée.

Le tribunal ne pourrait ordonner la délivrance sans que l'héritier qui doit la faire eût été dûment appelé; car, ici, il s'agit d'une affaire de juridiction contentieuse [7], qui diffère essentiellement de l'ordonnance de mise en possession dont il sera parlé aux art. 1006 et 1008 [8].

Suivant Merlin, l'article 59 du Code de procédure civile doit être circonscrit entre les héritiers et les légataires. Si les légataires agissaient contre des tiers détenteurs, cet auteur pense qu'ils pourraient les actionner soit par action réelle, soit par action hypothécaire devant le juge de la situation des biens [9].

Remarquons, au surplus, que comme le légataire doit prendre la chose de la main de l'héritier, s'il veut intenter action contre les tiers, il faut, de deux choses l'une, ou qu'il ait la permission de l'héritier, ou qu'il assigne cet héritier lui-même pour être présent à l'instance [10]. Furgole blâme cette doctrine suivie en pays coutumier [11]; mais nous ne pouvons nous ranger à son opinion [12].

ARTICLE 1005.

Néanmoins, dans les mêmes cas, le légataire universel aura la jouissance des biens compris dans le testament, à compter du jour du décès, si la demande en délivrance a été faite dans l'année, depuis cette époque; sinon, cette jouissance ne commencera que du jour de la demande formée en justice, ou du jour que la délivrance aurait volontairement été consentie.

SOMMAIRE.

1799. Pourquoi le légataire universel a la jouissance des biens du jour du décès.

1800. Conditions auxquelles le légataire est soumis dans ce cas.

1801. Pourquoi le légataire qui n'intente pas sa demande en délivrance dans l'année est privé des fruits.

1802. Il ne suffirait pas que le légataire eût intenté,

dans l'année, une action réelle ou hypothécaire contre les tiers.

1803. Cas dans lesquels il n'est pas nécessaire que le légataire forme la demande en délivrance.

1804. Mais le légataire ne pourrait, pour se dispenser de cette demande, invoquer une possession illégitime.

[1] Furgole, *loc. cit.*

[2] C. Nap., art. 2123, 2129. Merlin, *loc. cit.*, p. 797. *Infra*, n° 1927 et suiv.

[3] Boerius, *deciis*, 293, n° 12. Alexandre, *ad leg.* 3, C. VI, 35. Decius, *ad leg.* 12, D., *De reg. juris*. Aleius, *ad leg.* 178, D., *De verb. signif.* Natta, *in cons.* 206, n° 4, et *cons.* 626, n° 25.

[4] L'auteur des notes sur le Peyrière, *vo Testam.*, cite à l'appui deux arrêts du parlement de Bordeaux.

[5] Fachinorus, l. 3, *Controu.*, cap. 31. Bacquet, *Des droits de justice*, ch. 8, n° 21. Furgole, *ch.* 10, n° 63.

[6] Merlin, *Répert.*, *vo Légataire*, § 6, n° 19, p. 799. Toullier, t. V, n° 564. Voy. *infra*, n° 1798 et sur l'article 1005, n° 1802.

[7] Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 2, § 2. Toullier, *loc. cit.*

[8] Voy. *infra*, n° 1805.

[9] Merlin, *loc. cit.*, n° 20, p. 799.

[10] Pothier, *loc. cit.*

[11] *Loc. cit.*, n° 36. Junge Toullier, t. V, n° 572.

[12] *Infra*, n° 1802, art. 1005.

COMMENTAIRE.

1799. Le Code, tout en soumettant le légataire universel à la demande en délivrance, lui donne la jouissance des biens à compter du jour du décès. Le motif en est que la propriété de la chose léguée passe de plein droit au légataire, aussitôt que le testament commence à produire effet par la mort du testateur [1].

Lorsque nous en serons à l'art. 1014, nous ferons connaître s'il en a toujours été ainsi dans le droit romain et dans le droit français. D'ailleurs le légataire universel a droit à l'universalité des biens; ce qui comprend les fruits depuis le décès [2].

1800. Mais pour que le légataire ait droit à cette jouissance, il faut qu'il intente son action en délivrance dans l'année du décès. Car si, d'une part, il est propriétaire, de l'autre, il ne peut s'empêcher lui-même de la chose léguée.

Si, négligeant ses intérêts, le légataire ne demande pas la délivrance dans l'année du décès, il n'a droit aux fruits qu'à compter du jour où il aura postérieurement formé sa demande, nu du jour que la délivrance aura été volontairement consentie.

1801. En déterminant un délai dont l'échéance prive le légataire des fruits depuis le jour du décès, il semble que le législateur ait voulu que la nonchalance du légataire universel, qui, pour les dettes et les legs, représente le défunt, ne nuise pas aux créanciers de ces dettes et legs, et que, d'ailleurs, les légitimaires n'eussent pas à supporter le fardeau d'une hérédité destinée à sortir de leurs mains. Le gain des fruits était le moins que la loi pouvait faire pour les indemniser de leurs soins à la conser-

vation de l'hérédité pendant un an. D'ailleurs, la possession qu'avait le défunt se trouve interrompue par la jouissance des héritiers pendant un an; elle ne peut donc plus être continuée sur la tête des héritiers testamentaires [3].

1802. *Quid* si, dans l'an, le légataire avait intenté une action réelle ou hypothécaire contre des tiers sans l'assentiment du légitimaire, ou sans l'avoir mis en cause? Ce que nous avons dit sous l'article précédent [4] tranche cette question: ce n'est pas des tiers possesseurs que le légataire doit recevoir la délivrance, c'est de l'héritier. Ainsi son action contre les tiers ne lui profiterait pas pour les fruits [5].

1803. La délivrance peut être volontairement consentie par l'héritier sans que le légataire ait besoin de former de demande.

Il n'est pas douteux que ce consentement de l'héritier peut être tacite, et s'induire de faits révélant son intention d'accorder au légataire la délivrance de son legs [6].

Il y a encore un cas où, comme nous l'avons vu [7], le légataire n'a pas besoin de demander la délivrance: c'est lorsqu'il est déjà en possession au moment de l'ouverture de la succession. Dans ce cas, il n'encourt point la perte des fruits [8].

1804. Mais il n'en serait pas de même s'il s'était mis, depuis l'ouverture de la succession, en possession soit violemment, soit par voie de fait, soit par une appréhension non consentie. Dans ce cas, il devrait la restitution des fruits à compter du jour de son indue possession. Car cette possession serait illégitime et ne résulterait ni d'une action, ni d'une convention, et notre article ne la reconnaît pas [9].

[1] *Ann. Br.*, 18 mars 1846 (*Paris*, 1846, 2, 282).

[2] *Infra*, n° 1872.

[3] *Fargole*, ch. 10, n° 12.

[4] *Supra*, n° 1798.

[5] *Pothier, Donat. testam.*, ch. 5, sect. 3, art. 2, § 1. *Toullier*, t. V, n° 574. *Bordeaux*, 24 avril 1831 (*Devill.*, 34, 2, 461).

[6] *Bordeaux*, 23 avril 1844 (*Devill.*, 44, 2, 492). *Cassat.*, 18 novembre 1840 (*Journal du Palais*, 1840, 2, 648).

[7] N° 1792.

[8] *Pothier, Donat. testam.*, ch. 5, sect. 3, § 2. *Toullier*, t. V, n° 341. *Grenier*, n° 501. *Mertin, Répert.*, v° *Légataire*, § 3, n° 7. *Proudhon, De l'usufruit*, t. 1, n° 386. *Juge Nîmes*, 5 janvier 1838 (*Journal du Palais*, 1838, 2, 274. *Devill.*, 38, 2, 289). *Limoges*, 21 fév. 1839 (*Journal du Palais*, 1839, 2, 324. *Devill.*, 39, 2, 332). *Bourges*, 27 janvier 1838 (*Journal du Palais*, 1840, 2, 38). *Nancy*, 31 janvier 1853.

[9] *Bordeaux*, 23 avril 1834 (*Devill.*, 34, 2, 461).

ARTICLE 1006.

Lorsque au décès du testateur il n'y aura pas d'héritiers auxquels une quotité de ses biens soit réservée par la loi, le légataire universel sera saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance.

SOMMAIRE.

1803. Cas dans lequel le légataire universel a la saisine de plein droit.
1806. Coup d'œil sur les principes du droit romain en matière d'hérédité. — Des héritiers nécessaires.
1807. Des héritiers siens.
1808. Des héritiers siens et nécessaires.
1809. Des héritiers étrangers.
1810. De l'adition d'hérédité. — 1^{re} De la crédition.
1811. 2^e De la gestion comme héritier.

1812. Modifications de la législation romaine sur l'adition d'hérédité.
1813. En France, la maxime *le mort saisit le vif* était et est encore de droit commun.
1814. Difficulté, quant à la saisine du légataire, lorsque le défunt laisse un aïeul et des frères et sœurs.
1815. Si la disposition est soumise à une condition suspensive, le légataire universel ne sera pas saisi de plein droit.

COMMENTAIRE.

1803. Nous voici parvenus au cas où le testateur peut créer un héritier avec la même latitude que dans le droit romain, et faire une institution qui saisisse de plein droit le successeur de son choix, au préjudice du successeur *ab intestat* [1]. Ce droit éminent est conféré au testateur dans le cas où il ne laisse pas d'héritiers à réserve. Alors celui qu'il favorise dans l'institution universelle n'a pas besoin de demander la délivrance, puisqu'il est saisi de plein droit. Seulement, lorsque le testament qui le gratifie est olographe ou mystique, il doit se faire mettre en possession par une ordonnance du président, qui donne au testament l'exécution parée qu'il n'avait pas, ainsi que nous le verrons bientôt [2].

1806. Pour pouvoir bien comprendre l'importance des mots « de plein droit » employés par notre article, il est utile d'examiner ici quels étaient les principes du droit romain en matière d'hérédité.

Tout le monde connaît cette fameuse distinction du droit romain entre les héritiers nécessaires, les héritiers siens et les héritiers étrangers. Les héritiers nécessaires *absolus* étaient les esclaves qui recevaient, par le testament de leur maître, et l'hérédité et la liberté [3]; ils étaient appelés nécessaires *absolus*, parce qu'ils

étaient héritiers malgré eux et que, quand même l'hérédité eût été insolvable, ils étaient forcés de la conserver sans pouvoir s'en abstenir. Ce qui avait été établi par l'orgueil des maîtres chargés de dettes, lesquels, pour s'épargner la honte que leurs biens fussent vendus après leur mort, faisaient retomber cette ignominie sur leurs esclaves : *ut existimationi defuncti consulatur* [4]. Mais, d'un autre côté, les esclaves y avaient un avantage, puisque, en considération de ce sacrifice, ils obtenaient une chose d'un prix inestimable, la liberté [5].

1807. Les héritiers siens étaient aussi héritiers nécessaires; mais l'effet de cette nécessité était bien différent : c'était en partie le droit et en partie la volonté du défunt qui faisaient les héritiers siens [6].

Les héritiers siens par le droit étaient les enfants du testateur, qui réunissaient les trois conditions suivantes : 1^{re} d'être héritier testamentaire ou *ab intestat*, car l'exhérédation écartait la suite [7]; 2^{re} d'être en puissance du testateur : c'était en effet la puissance paternelle qui faisait que le fils faisait partie de la famille; s'il était émancipé, il ne faisait plus partie de la famille, il cessait d'être sien, et la continuation des biens ne se faisait pas sur sa personne [8]; 3^{re} d'être au premier degré au moment où l'hé-

[1] *Suprà*, n^o 1766.

[2] Art. 1008.

[3] *Calvus, comm.* 2, § 135 et seq. *Instit.*, *De hered. qualif.* § 1, l. 2, l. XIX. *Dunéan, Comm.* l. 7, esp. 1, n^o 6.

[4] *Dunéan, loc. cit.*, n^o 15.

[5] *Favre, Conject.* l. 20, esp. 14 *in fine*.

[6] *Dunéan, loc. cit.*, n^o 1 et 2. *Vinnius, Part. jur.* l. 2, esp. 12.

[7] *Cujas* sur la l. 18, D., *De post. et liberia*, et sur la nov. 1, part. 1. *Dunéan, loc. cit.*, n^o 3.

[8] *Instit.*, *De hered. qualif.* § 2. *Dunéan, loc. cit.*, n^o 6.

rédité était déferée; car, supposons que le testateur laisse un fils non émancipé ayant des enfants, quoique ces enfants soient au pouvoir de ce testateur, néanmoins leur père seul est héritier sien. Ces enfants ne le sont pas, ils ne pourraient l'être qu'autant que leur père serait mort, ou émancipé du vivant du testateur, ou sorti d'une inanière quelconque de la puissance paternelle [1]. Bien plus, si, après le décès du testateur, leur père s'abstenait, et qu'ils fussent appelés à sa place, ils ne seraient pas héritiers siens du défunt, par la raison qu'ils n'étaient pas les premiers en degré au moment de la délation de l'hérédité [2]. De là vient que les anciens disaient qu'il n'y avait pas de succession dans les héritiers siens; car il n'y a pas plusieurs degrés dont l'un puisse prendre la place de l'autre. Il n'y a qu'un seul degré qui est le premier. Ainsi, celui qui prend la place du premier héritier sien ne succède pas comme sien, *nam suus nunquam in locum sui succedit* [3].

Mais quand nous disons qu'il faut que l'héritier soit le plus près au moment de la délation de l'hérédité, nous voulons dire qu'il faut qu'il soit le plus près dans sa ligne. Ainsi le père exclut son fils; le fils, le petit-fils. Que s'il y a plusieurs lignes, si par exemple le testateur laisse deux fils non émancipés qui tous ont des enfants; si l'un de ces fils vient à mourir du vivant du testateur, ses enfants seront héritiers siens du testateur et ils concourront avec leur oncle, quoique celui-ci soit d'un degré plus rapproché [4]. A la vérité, Cujas [5] veut que ces neveux venant avec leur oncle à la succession ne soient pas héritiers siens. Mais Jean Acosta traite cette opinion d'erreur [6]. Du reste, il paraît que, par l'ancien droit des Pandectes, dont il reste quelques traces dans la loi *Gallus* [7], ces neveux, qui étaient petits fils du défunt, étaient exclus par leur oncle, et qu'il n'était nécessaire ni de les instituer, ni de les exhéreder [8]. Mais cela fut changé par la loi dernière au Code, *De liberis part. vel exhered.* Il devint nécessaire de les exhéreder ou de les instituer; ils formèrent alors un second degré

de suite, et remplacèrent leur père dans la portion qui eût été dévolue à ce dernier.

Les héritiers siens par la volonté du testateur étaient les enfants de ce testateur, qui étaient substitués pupillairement à leur frère impubère. Car alors, par la volonté du testateur, ils devenaient héritiers siens de l'impubère [9].

1508. Tous ces héritiers siens étaient aussi héritiers nécessaires; *nunc hoc statuitur jure civili liberos qui sui heredes sunt, eosdem esse et necessarios* [10]; par suite de cette nécessité, ils étaient obligés d'être héritiers malgré eux.

Mais pourquoi les appelait-on héritiers siens? Malgré d'excellentes définitions que l'on trouve dans le droit, les interprètes se sont créés des difficultés qui ont rendu la chose obscure, et Aleiat rapporte qu'un jour quo Politien se vantait d'avoir surpassé Accurse dans ses gloses, Socinus lui ayant demandé ce que c'était qu'un héritier sien, il resta sans parole [11].

Donneau donne de ces expressions « héritiers siens » cette explication subtile et forcée : c'est que les héritiers siens étaient en quelque sorte héritiers de leurs personnes mêmes; car, ne faisant qu'une seule personne avec leur père, ils étaient considérés comme maîtres des biens que la piété paternelle leur destinait; ils succédaient non-seulement à leur père, mais encore à eux-mêmes [12].

Ce qui a été dit de mieux et de plus vrai là-dessus, c'est ce passage de Caius, copié par Justinien [13] : « *Sui quidem heredes idèò appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque patre quodammodo domini existimantur.* » Ils sont héritiers siens, parce qu'ils ne forment qu'une seule et même personne avec le défunt et qu'ils partagent son domaine sur les choses. Et parce qu'ils sont héritiers siens, ils sont héritiers nécessaires. La qualité d'héritier nécessaire dérive de la suite. On comprend, en effet, que puisqu'ils sont copropriétaires du vivant du père à raison des affections de la nature, à plus forte raison ils doivent l'être à sa mort; à plus forte raison ils ne peuvent répudier au préjudice des tiers un

[1] Caius, *comm.* 2, § 156. Paul, *Sentent.*, liv. 4, l. VIII, §§ 7 et 8. Instit., *De hered. quæ ab intest. def.* § 1, *in demum*. Mais si leur père avait été un seul instant héritier, ils ne pourraient jamais être considérés comme héritiers siens.

[2] Cujas, *Ad Africanum*, l. 16, D., *De post. et liberis*, obs. 3, 21. Donneau, *loc. cit.*, cap. 2, n° 7. Instit., *De legiti. agnat. success.* pro et § 1.

[3] Donneau, *loc. cit.*, n° 6 *in fine*.

[4] Instit., *De hered. quæ ab intest. def.* § 6.

[5] Sur la *l. Gallus*, § *in omnibus*, D., *De liberis et post.*

[6] Comment. sur les Instit., *De heredit. quæ ab intest. def.*, n° 10.

[7] *l. Gallus*, § *in omnibus*, D., *De lib. et post.*

[8] Acosta, *loc. cit.*, *De exhered. liber.*, § 1.

[9] L'ipien, l. 10, § 1, D., *De vulg. et pupill. substit.* Donneau, *loc. cit.*, n° 10. Vinnius, *Part. juris*, cap. 42, l. 1.

[10] Donneau, *loc. cit.*, n° 11.

[11] Rüdiger sur Donneau, l. 7, cap. 2, n° 2.

[12] Donneau, *loc. cit.*, n° 12 à 16. Vinnius, *loc. cit.*, cap. 42, lib. 1. Rüdiger sur Donneau, *loc. cit.*, not. 12 et suiv.

[13] Caius, *comm.* 2, § 157. Instit., *De hered. quotit.*, § 2.

domaine dont ils étaient déjà quasi investis.

Cependant, on s'écarta par la suite de cette rigueur qui mettait les enfants dans une condition beaucoup plus sévère que les héritiers étrangers. Milliger [1] prétend que l'origine de cette faveur vient du crime de Lucius Papirius, usurier fameux dont l'histoire est rapportée par Tite-Live [2]. Quelle qu'elle soit, on ne peut que s'en applaudir.

Ainsi, d'après les anciens principes, les héritiers siens qui étaient les enfants en pouvoir de père, et les héritiers nécessaires qui étaient les esclaves institués avec don de liberté, étaient saisis de plein droit de l'hérédité, à compter du jour du décès du testateur. Bien plus, ils étaient héritiers malgré eux. Ils n'avaient pas la faculté de répudier l'hérédité [3].

On donna aux héritiers siens seulement, c'est-à-dire aux enfants en puissance, le bénéfice de s'abstenir, s'ils n'avaient pas fait acte d'immixtion. Les esclaves n'eurent pas ce bénéfice. Mais malgré ce privilège, les héritiers siens n'en furent pas moins héritiers de plein droit. *In suis hæredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso jure hæredes existunt* [4].

1809. Les héritiers étrangers ou volontaires [5] étaient considérés d'un œil tout à fait différent. Quoique institués légalement, ils n'acquiesçaient la qualité et les prérogatives d'héritier que par l'adition; ils n'étaient nullement saisis de plein droit.

1810. Par le droit des Pandectes, il y avait deux manières de faire adition d'héritier : 1^{re} la érétion; 2^{re} la gestion comme héritier.

1^{re} La érétion était une manière de faire adition par des paroles solennelles. *Cernere, est solemniter decernere velle se esse hæredem* [6]; elle se faisait en présence de témoins [7], et elle était indispensable lorsque le testateur avait dans son testament ordonné la érétion parfaite, c'est-à-dire, lorsqu'il avait dit : *Si non crederis, ex-hæres esto* [8].

Au contraire, si le testament n'avait ordonné la érétion qu'imparfaitement, c'est-à-dire, sans

ajouter la menace d'exhérédation, l'adition pouvait se faire par de simples actes d'héritier [9].

Les lois relatives à la érétion subirent, à différentes époques, des modifications diverses. Enfin, d'après la loi 17, C., *De jure delib.*, elle fut tout à fait abrogée. *Cretonum scrupulosam solemnitate hæc lege penitus amputari decernimus* [10].

1811. 2^{re} La gestion comme héritier (*pro hærede gestio*) consistait dans un fait, ou dans une parole non solennelle qui prouvait que l'institué avait la volonté d'accepter l'hérédité. Cependant, dans un sens plus étroit, les mots *pro hærede gestio* s'appliquaient à un fait d'acceptation. On appelait adition la volonté d'accepter manifestée par des paroles [11]. Mais, dans la pratique, on a souvent confondu ces mots.

L'adition seule ou la gestion *pro hærede* rendait héritiers ceux qui n'étaient pas héritiers siens. Elle était tellement nécessaire que si l'héritier institué mourait sans faire adition, il ne transmettait nullement à ses héritiers le droit de se porter héritiers. C'est un principe des lois romaines fort bien développé par Douai [12].

1812. Cependant cette rigueur fut mitigée par la suite, comme l'enseigne le même auteur : 1^{re} d'abord la constitution de Justinien *Cum in antiquioribus* [13], accorda à tous les héritiers en général (*omnibus hæredibus in commune*) le bénéfice suivant, savoir : que s'ils décédaient dans l'année depuis qu'ils avaient eu connaissance de l'ouverture de la succession à leur profit, ils transmettaient à leurs héritiers le droit de délibérer et de faire adition, mais à condition cependant que ceux-ci n'auraient pour délibérer que le temps qui resterait à leur auteur, et rien de plus [14]; 2^{re} un autre relâchement des anciens principes fut accordé à la faveur de certaines personnes.

En premier lieu, aux enfants émancipés ou aux enfants héritiers de leur mère. S'ils meurent avant d'avoir fait adition, ils transmettent l'hérédité à leurs héritiers siens [15]. (Quant aux enfants siens, on sait que bien qu'ils meurent sans

[1] *Loc. cit.*

[2] Tite-Live, liv. 8, n° 28, p. 363 (édit. Panchoucke).

[3] Ulpian, l. 12, D., *De arg. vel omitt. hæred.*, Pothier, *Pand.*, l. 11, p. 231, n° 1, 2, 3, 4. Fargole, *ch.* 10, sect. 1, n° 12.

[4] Catus, l. 14, D., *De suis et legit. hæred.*, Pothier, *Pand.*, l. 11, p. 233, n° 26.

[5] On appelait héritiers volontaires étrangers tous ceux qui étaient hors de la famille et de la puissance du testateur (Donau, *Comm.*, l. 7, cap. 3, n° 1).

[6] Varro, *De ling. latind.* l. 11. Catus, *comm.* 2, § 164 et seq.

[7] Cicero, *ad Atticum* 15, 46, l. XXIV, p. 129 (édit. Panchoucke).

« ... Tum ex eo cognoscitur cretonem elusum (o Vestorum

« negligentem!) liberam cretonem, testibus proscriptibus, « exaginta diebus. Metuebant ut ille arrestandus esset, « nunc suspensum est ut mori jussu cernat. »

[8] Catus, *comm.* 2, § 174.

[9] Catus, *comm.* 2, § 177 et seq.

[10] Fargole, *ch.* 10, sect. 1, n° 8. Pothier, *Pand.*, l. 11, p. 233, n° 7.

[11] *Instit.*, l. 2, l. XIX, § 7. Catus, *loc. cit.*

[12] *Comm.*, l. 7, ch. 4, n° 12. L. 7 *Quoniam, C., De jure delib.* et de ad. hæred.

[13] L. 19, C., *De jure delib.* et de ad. hæred.

[14] Donau, *loc. cit.*, n° 14.

[15] L. univ., § 3 in novissim., C., *De eaductis tollend.* Donau, *lib.* 7, c. 4, n° 17.

avoir fait immixtion, ils transmettent l'hérédité non-seulement à leurs héritiers siens, mais à toutes sortes de personnes [1].

En second lieu, lorsque l'hérédité est déferée à l'enfant, il est permis au père qui a cet enfant en son pouvoir de faire acte d'addition après sa mort et en son nom, et d'acquérir ainsi l'hérédité [2].

Un troisième tempérament a été introduit en faveur de la cause, par exemple, si l'héritier a été empêché par une cause légale qui l'a mis dans l'impossibilité d'accepter avant sa mort. Ainsi, d'après le S. C. Milanien, il n'était pas permis de faire addition, et d'ouvrir le testament du testateur assassiné avant qu'on eût mis les esclaves à la question [3]. Si l'héritier meurt dans cet intervalle, les actions utiles sont transmises à son héritier [4]. En effet, l'héritier ne doit pas être préjudicié de ce qu'il a obéi aux lois. De même le S. C. Carbonien veut que si quelqu'un est institué héritier par un testament dans lequel le fils impubère est préterit, et qu'on nie que ce dernier soit fils du défunt, on lui donne néanmoins la possession des biens, et qu'on diffère jusqu'à sa puberté le jugement de la filiation.

Si dans l'intervalle l'héritier décède, on vient en aide à ses héritiers, et s'il est reconnu que l'impubère n'est pas fils, ils peuvent faire addition [5].

Un quatrième tempérament introduit par l'équité était celui-ci : un posthume est préterit, et le testateur institue un individu qui est en même temps héritier *ab intestat* : ce dernier meurt sans avoir demandé la possession des biens. S'il est ensuite reconnu que la femme du défunt n'est pas grosse, les héritiers de cet héritier, qui est ainsi appelé *ab intestat*, pourront néanmoins faire addition. Mais il n'en serait pas de même, si cet héritier n'était pas aussi héritier *ab intestat* : ce serait tant pis pour lui s'il ne s'était pas porté héritier [6].

L'addition d'hérédité avait un effet rétroactif au temps de la mort : « *Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur* [7]. »

D'après les principes que nous venons d'exposer, on faisait une différence entre l'addition, ou *pro herede gestio*, et l'immixtion.

L'addition, ou *pro herede gestio*, s'appliquait aux actes ou paroles par lesquelles un héritier étranger acceptait l'hérédité.

L'immixtion s'appliquait aux héritiers siens ; car ceux-ci s'immisçaient plutôt qu'ils n'acceptaient [8].

1813. Telle était à Rome la législation en cette matière. Mais ces différentes règles que nous venons d'examiner, sur la différence entre les héritiers siens et étrangers, et sur l'obligation de faire addition imposée à ceux-ci pour avoir la qualité d'héritiers, n'étaient suivies ni en pays de droit écrit, ni dans le droit coutumier. La maxime : *le mort saisit le vif*, était de droit commun dans tout le royaume ; en sorte que, dans aucune partie de la France, il ne fallait faire addition pour être saisi de l'hérédité. Tous les héritiers étaient saisis de plein droit ; tous étaient héritiers siens, et par conséquent, dès la mort du défunt, ils transmettaient leurs droits à leurs successeurs sans avoir besoin de faire aucun acte d'addition [9].

C'est cette maxime nationale, *le mort saisit le vif*, que le Code Napoléon a suivie dans tous les articles où elle trouve son application. Voilà pourquoi notre article porte que le légataire universel est saisi de plein droit, quand il n'est pas en concours avec des héritiers à réserve. S'il est institué purement et simplement et qu'il meure après le testateur, il transmet tous ses droits à ses successeurs, quand même il n'aurait fait aucun acte pour annoncer qu'il voulait accepter la libéralité.

1814. Notre article dit que le légataire universel sera saisi de plein droit à la mort du testateur, s'il n'y a pas d'héritiers à réserve auxquels une quotité de biens est réservée par la loi. Donc, toutes les fois qu'il y aura un héritier réservataire, le légataire universel sera privé de la saisine. Cette règle est claire et paraît d'une application aisée. Cependant il y a une difficulté : c'est lorsque le testateur laisse un aîeul et des frères et sœurs. Dans ce cas, selon ce que nous avons dit [10], il faudra distinguer si les frères et sœurs refusent ou non ; s'ils refusent, l'aîeul a droit à sa réserve ; ils seront censés n'avoir jamais été héritiers. S'ils ne refusent pas, l'aîeul se trouve exclu de tout droit à sa réserve. Or, comme la réserve est ici corrélatrice à la sai-

[1] Millig., loc. cit., note 5. Cojas est d'avis contraire, *ad Afric.*, IV, ad leg. 16, *De lib. et post.*

[2] L. 18, *Si infanti*, §§ 1 et 2, C., *De jure delib.*

[3] Ulpian, l. 3, § 18, *Quod ad causam*, D., *De S. C. Silian.* et Claud. Paul, Sent., l. 3, l. V, n° 1.

[4] Ulpian, l. 3, § 30, *Eleganter*, D., *eodem tit.*

[5] Domenn., Comm., l. 8, c. 4, n° 19 *in fine*.

[6] Papinien, l. 84, D., *De acq. vel om. hered.* Paul,

l. 4, § 3, D., *De bonor. possessor. contra tabulas*. Domenn., loc. cit., n° 20. Favre, *conject.* 1, *conject.* 29.

[7] Paul, l. 138, D., *De regul. juris*. Pothier, *Pand.*,

l. II, p. 243, n° 71.

[8] Furgole, ch. 10, sect. 1, n° 11.

[9] *Ib.*

[10] N° 805 et 806.

sine, selon que l'ascendant aura ou n'aura pas droit à sa réserve, le légataire universel sera ou non privé de la saisine.

On a pourtant combattu cette solution [1]. et l'on a prétendu que, dans tous les cas, que les frères ou sœurs refusassent ou non, la présence de l'aïeul suffisait pour empêcher le légataire universel d'avoir la saisine.

« En effet, a-t-on dit, le légataire universel » se trouve ici en présence des frères et sœurs » qui n'ont pas de réserve. Il est donc saisi de » plein droit. Or, s'il est saisi de plein droit, » les frères et sœurs sont donc exclus de la suc- » cession; s'ils sont exclus de la succession, ils » n'y sont donc pas appelés. C'est comme s'ils » avaient renoncé; et ce n'est plus en leur pré- » sence, mais en présence de l'aïeul que se trouve » le légataire universel. »

C'est là évidemment un raisonnement erroné. Tant que les frères et sœurs n'ont pas renoncé, c'est en face d'eux que se trouve le légataire universel. Leur omission dans le testament de leur frère ne les assimile pas à des héritiers renonçants : la nullité du legs universel ou du testament peut leur permettre de ressaisir un jour la succession. C'est une espérance, une éventualité qui leur est laissée, et ce serait méconnaître l'ordre que la loi a tracé en matière de succession, que d'appeler un héritier plus éloigné à une succession, lorsque l'héritier d'un ordre plus rapproché n'y a pas renoncé.

1815. Lorsque nous avons dit que le légataire universel est saisi de plein droit, nous avons supposé que la disposition qui l'institue est pure et simple. Mais il en est autrement si elle est soumise à une condition suspensive. Les principes que nous avons exposés ci-dessus [2], sur l'effet de la condition suspensive, s'opposent à ce que l'héritier testamentaire puisse, *pendente conditione*, prendre la saisine des biens. Le legs universel ne lui est pas encore dû; il a seulement l'espérance qu'il le sera [3]. C'est ce que décidaient positivement les lois romaines; en principe, elles ne voulaient pas que l'héritier institué sous une condition suspensive pût faire

un acte d'héritier pendant que la condition était en suspens [4]. Comme le dit Cujas [5], il ne lui était pas permis de faire addition.

Notre jurisprudence ne doit pas hésiter à se conformer à ces idées. C'est aux héritiers *ab intestat* qu'appartient la saisine, jusqu'à l'accomplissement de la condition [6]. On trouve cependant des textes du droit romain qui autorisaient le préteur à délivrer la possession des biens, *secundum tabulas*, à l'héritier institué sous une condition suspensive, par exemple, sous la condition : *si navis ex Asia venerit* [7]. Mais à quoi tient cette singularité [8]? C'est qu'à Rome, où l'on ne connaissait pas la règle : *le mort saisit le vif*, il aurait pu arriver que la suspension prolongée de la condition eût laissé l'hérédité en suspens et mis les créanciers dans une situation fâcheuse. Alors le préteur, consultant l'utilité pratique plus que la subtilité du droit, pesait les circonstances, et, suivant l'exigence des cas, il donnait la possession des biens moyennant une caution imposée à l'héritier [9].

On voit que par là le préteur faisait usage de ce pouvoir discrétionnaire qui avait introduit tant de secours équitables; mais on voit aussi que notre droit n'a pas besoin de lui faire d'emprunt en cette matière. Le droit français a établi une dévolution des biens simple et naturelle. Si l'héritier testamentaire n'est pas saisi, c'est aux héritiers *ab intestat* que la succession va *ipso jure*, par la puissance de la règle : *le mort saisit le vif*. On n'a donc pas à craindre ces suspensions et ces vacances de succession qui avaient excité la sollicitude du préteur.

C'est ce que n'a pas aperçu la cour de Turin, dans un arrêt du 15 avril 1807 [10], où elle fait de savants efforts pour retrouver dans le Code Napoléon les vestiges de cette jurisprudence incompatible avec son esprit.

Au surplus, l'espèce sur laquelle la cour de Turin avait à prononcer mérite d'être notée, et l'on verra que sa décision, au fond, n'avait pas besoin de se soutenir par la résurrection de lois tombées en désuétude.

Maurice Cantone avait institué pour héritiers

[1] Delvincourt, t. II, note 5, sur la p. 64. Coin-Delisle, n° 3, sur l'art. 1006.

[2] Nos 283 et suiv.

[3] Furgole, ch. 7, sect. 4, n° 16, 36.

[4] Ulpien, l. 9, § 3, D., *Ad S. C. Trebell.* : « ... *Pendente conditione nihil agit.* » Caius, l. 10, *eod. titulo*, Caius, l. 63, § 7, *eod. tit.*

[5] Quest. Papin., l. 5, sur la l. 8, D., *De stip. prator.*

[6] Trib. de la Seine, 17 mai 1825 (Devill. et Carr., 8, 1, 602). Ce jugement a été confirmé, par arrêt de la cour de Paris du 21 février 1826, par des raisons qui ne touchent pas à ce point.

[7] Papinien, l. 8, D., *De stip. prator.* Ulpien, l. 12,

D., *Qui testis. eogatur.* Ulpien, l. 5, D., *De bon. poss. acq. tabulas.* Ulpien, l. 2, § 1, D., *eod. titulo.*

[8] « ... *Quod certum est (dit Cujas, loc. cit.) et si a primum mirum videntur!* »

[9] « ... *Ad jure pratoris benigniore, quod respicit a magis ad utilitatem negotiorum, horum scriptura sub a conditione pendente, ea potest admittere bonorum possessionem secundum tabulas... Quod si in res utilitatis a sima creditoribus ut longior mora eis fiat, hoc jure a hereditate sine domino vel quasi domino a potestatem enim a conditione pendere per vicennium, et quia interim respon- a debet creditoribus...* » (Cujas, loc. cit.)

[10] Devill., 2, 2, 225.

universels ses deux neveux, fils de son frère, sous la condition qu'à l'âge de 60 ans, tous deux, ou l'un d'eux, auraient des enfants mâles; sinon il leur accordait l'usufruit de ses biens, et il instituait à leur place ses deux autres neveux, fils de sa sœur.

La question posée devant la cour de Turin était de savoir si, malgré la condition dont il vient d'être parlé, les légataires universels étaient saisis par la mort du testateur, et il est clair qu'il n'y avait pas besoin de grands efforts d'érudition et d'argumentation pour apercevoir que le testateur avait voulu que ses neveux eussent la saisine immédiate; car en leur donnant formellement l'usufruit pendant le temps de la suspen-

sion de la condition, il avait, pour ainsi dire, transformé cette condition suspensive en une condition résolutoire, au moins quant aux effets réels. C'est ce que décida la cour de Turin; seulement elle ne prit pas le chemin le plus simple et le plus naturel pour arriver à cette solution.

J'ajoute que si elle soumit les légataires universels à donner une caution, c'est que ces derniers l'avaient offerte en leur qualité d'usufruitiers, et conformément à l'article 601 du Code. Raison de plus pour qu'il fut inutile d'aller rechercher dans les lois romaines les dispositions extraordinaires relatives aux cautions préto-

ARTICLE 1007.

Tout testament olographe sera, avant d'être mis à exécution, présenté au président du tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel la succession est ouverte. Ce testament sera ouvert, s'il est cacheté. Le président dressera procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament, dont il ordonnera le dépôt entre les mains du notaire par lui commis.

Si le testament est dans la forme mystique, sa présentation, son ouverture, sa description et son dépôt, seront faits de la même manière; mais l'ouverture ne pourra se faire qu'en présence de ceux des notaires et des témoins, signataires de l'acte de suscription, qui se trouveront sur les lieux [1], ou eux appelés [2].

SOMMAIRE.

1816. De la procédure à suivre au sujet de l'ouverture et du dépôt des testaments olographes et mystiques.

1817. Origine de ces formalités.

1818. Comment elles étaient appliquées dans l'ancien droit français.

1819. L'inobservation de ces formalités n'altère pas la validité du testament.

1820. Mesure prescrite par l'art. 916 du Code de procédure civile.

1821. Ces formalités appartiennent à la juridiction volontaire.

COMMENTAIRE.

1816. Lorsque le testament qui institue le légataire universel est dans la forme authentique, l'acte porte avec lui un caractère de solennité et de publicité qui entraîne l'exécution parée et fait reconnaître l'institué sans le secours d'aucune solennité accessoire.

Mais si le testament est fait en la forme olo-

graphe ou en la forme mystique, il devient nécessaire d'employer certaines formes et certaines garanties pour constater l'existence de cet acte et l'état dans lequel il se trouve. C'est pourquoi le Code a tracé, dans l'art. 1007, la procédure à suivre au sujet de l'ouverture et du dépôt des testaments olographes et mystiques. Ces testa-

[1] *And.* L'homme qui demeure dans un autre arrondissement que celui où l'ouverture du testament a été faite ne peut être considéré comme un témoin sur les lieux. Br., 4 mars 1831 (*Jurisp. de Belg.*, 1831, I, 405).

[2] *And.* Les lois anciennes des Pays-Bas ne prescri-

vaient point de forme pour l'ouverture des testaments mystiques. Les titres du Digeste et du Code romain. *Testamentum quandoquidem aperientur, n'étaient pas en usage en Belgique.* Br., 24 juin 1815 (*Jurisp. de Belg.*, 1815, 2, 35).

meots doivent être ouverts par le président du tribunal de l'arrondissement dans lequel la succession est ouverte, et ce magistrat, après avoir dressé procès-verbal de l'ouverture et de l'état du testament, en ordonne le dépôt entre les mains du notaire qu'il commet à cet effet. Si le testament est mystique, cette ouverture ne peut se faire qu'autant que les notaires et témoins présents sur les lieux auront été appelés.

1817. Ces formalités doivent leur origine au droit romain, qui les avait établies par la raison qu'un testament n'appartient pas à l'héritier, mais à tous ceux qui ont intérêt à le consulter. On voulait, d'ailleurs, empêcher que les testaments ne pussent être détruits et qu'on ne put entraver l'effet des dernières volontés des mourants [1]. La loi exige donc que le testament fut présenté au magistrat en présence des témoins, ou de la plupart de ceux qui l'avaient signé. Ces témoins devaient reconnaître leur signature; après quoi, on ouvrait le testament, on en donnait lecture, on y apposait le sceau de l'État, et on le déposait dans le trésor public [2]; il paraît même qu'on l'insinuait dans les actes publics [3].

1818. Ces formalités, qui concernaient le testament solennel, avaient été appliquées au testament mystique, dans les pays de droit écrit [4].

Quant aux testaments olographes, l'usage du Châtelet de Paris [5] n'exigeait le ministère du juge qu'autant qu'ils étaient cachetés. Dans le cas contraire, la personne qui était porteur d'un testament fait en cette forme le déposait chez un notaire, et il y était soumis à la formation du contrôle et de l'insinuation [6].

L'ordonnance de 1733 n'avait rien changé à cet état de choses, et elle avait déclaré laisser dans les termes du droit commun et de l'usage l'ouverture, l'enregistrement et la publication des testaments [7].

Le Code a fait plus : il exige l'intervention du juge dans tous les cas.

1819. Du reste, les règles, qui ne sont établies que pour assurer l'exécution de la volonté du testateur, ne sont point de celles dont l'observation porte atteinte à la volonté même; elles ne tiennent en rien à l'essence intrinsèque ni à la forme extérieure de l'acte qui en contient l'expression. On ne pourrait donc pas faire déclarer un testament olographe nul, sous prétexte que l'héritier l'aurait ouvert avant de le remettre au président, surtout lorsque rien ne viendrait indiquer la fraude [8].

1820. L'article 916 du Code de procédure civile a prévu le cas où un testament serait découvert dans les papiers du défunt, lors de l'apposition des scellés, et il charge le juge de paix de faire la présentation au président du tribunal. Dans tous les cas, ce dernier doit ordonner le dépôt chez un notaire. C'est une formalité nécessaire pour que les tiers puissent consulter le testament.

1821. L'office du président, pour l'ouverture du testament, le procès-verbal descriptif et le dépôt, appartient à la juridiction volontaire [9]. Son ministère est purement passif, et le juge ne pourrait, sous aucun prétexte, refuser l'ouverture et la description. Les vices apparents du testament ne seraient pas un motif pour l'y autoriser. *Itemque imperfecta solennus testamentis dicere* [10].

[1] Ulpian, l. 2 *in primo*, D., *Testam. quemad. apertant*.

« ... *Tubularum testamenti instrumentum non est minus hominis, hoc est heredis; sed universonum, quibus quid illis adscriptum est; quia potius publicum est instrumentum.* »

[2] Paul, *Sent.*, l. 4, t. VI, § 4.

[3] Voet, l. 29, t. III, nos 1, 5. L. 18, C., *De testamentis*.

« ... *Qua apud officium censuali publicari solent in eodem loco resercentur.* »

[4] Furgole, ch. 2, sect. 10, n° 10.

[5] Ferrières sur Paris, sur l'art. 289, glose 1, n° 16. *Actes de notoriété*, de Denisart, p. 536.

[6] Pothier, *Donat. testam.*, ch. 1, art. 2, § 3.

[7] Art. 79.

[8] Riom, 17 mars 1807 (Devill., 2, 2, 215). Rouen, 15 janvier 1808 (Devill., 2, 2, 335). Metz, 10 juillet 1816 (Devill., 5, 2, 169). Juge Delvincourt, t. II, p. 588. Grenier, n° 200. Merlin, *Répert.*, v° *Testament*, t. XVII, § 4, sect. 2, art. 5, n° 2. Vazelle, n° 2, sur l'art. 1007.

[9] Merlin, *Répert.*, loc. cit., p. 768, col. 1.

[10] Ulpian, l. 2, § 1, D., *Testam. quemad. aper.*

ARTICLE 1008.

Dans le cas de l'article 1006, si le testament est olographe ou mystique, le légataire universel sera tenu de se faire envoyer en possession, par une ordonnance du président, mise au bas d'une requête à laquelle sera joint l'acte de dépôt.

SOMMAIRE.

1822. Motifs de cette disposition.
 1823. Différence de la mise en possession prescrite par cet article, avec celle que l'héritier institué était tenu de demander en droit romain.
 1824. Du ce qui était prescrit à cet égard en pays coutumier et en pays de droit écrit.
 1825. En quoi la requête de mise en possession diffère de l'action en délivrance.
 1826. L'opposition des héritiers ab intestat peut empêcher l'envoi en possession.
 1827. Le président peut même, d'office, refuser de l'ordonner.
 1828. Il doit surtout refuser lorsque le testament porte, *in primis* agnrd, la preuve d'un vice radical.
 1829. Il en est différemment s'il s'agit de vices intrinsèques.
 1830. Quid en cas de plainte en faux principal, ou en cas de faux incident?
 1831. Quid en cas de méconnaissance d'écriture?
 1832. Renvoi.
 1833. Quid lorsque deux individus se présentent devant le juge, tous deux institués?
 1834. Des mesures conservatoires qu'il est permis à l'héritier de prendre.

COMMENTAIRE.

1822. Le testament fait en la forme olographe ou en la forme mystique, bien qu'étant, à certains égards, un testament public, n'est en soi qu'un acte sous signature privée [1], et il n'a point, comme l'acte authentique, l'exécution parée. Notre article exige, en conséquence, que le légataire universel institué par un testament fait en cette forme soit mis en possession par une ordonnance du juge qui lui donne la force exécutoire dont il est lui-même dépourvu.

On a considéré, d'ailleurs, qu'il n'était pas possible d'autoriser indistinctement tout individu qui se prétendrait légataire universel à s'emparer de la succession, sans qu'il fût préalablement pris des précautions pour rassurer la société et pour garantir le droit des intéressés [2]. Enfin, on a voulu que les parents appelés par la loi eussent la facilité de vérifier les testaments olographes ou mystiques, avant que l'héritier institué, ou le légataire universel, pût se mettre en possession [3]. Nous avons déjà touché ci-dessus ces considérations décisives, qui concernent à la fois l'intérêt public et l'intérêt privé [4].

1823. Cette mise en possession n'a rien de commun avec celle que l'héritier institué était assujéti, par le droit romain, à demander au

magistrat, après que le testament avait été ouvert et déposé [5]. L'obligation imposée à l'héritier institué de se faire mettre en possession des biens par le magistrat tenait à ce que le droit romain ne connaissait pas la maxime : *le mort saisit le vif*, il fallait nécessairement que l'héritier testamentaire, quelle que fut la forme du testament, eût recours à l'autorité du juge pour avoir la possession, et qu'il en fût dressé un acte public. Comme la possession du défunt ne se continuait pas sur la tête de l'héritier [6], et que l'adition elle-même ne la lui donnait pas [7], l'intervention du juge était nécessaire pour opérer la dévolution de fait; elle était même nécessaire, dans tous les cas, soit qu'il y eût ou non un contradicteur : et lorsqu'il y avait contradiction, le prêteur décidait la contestation en connaissance de cause (*causâ cognitâ*), et après qu'elle avait été discutée en jugement [8].

1824. Ce point de droit était aboli en France, soit dans les pays de droit écrit, soit dans les pays de coutume, par la règle : *le mort saisit le vif*. Si, dans les pays coutumiers, l'héritier institué devait se faire donner la délivrance des biens par l'héritier du sang, ainsi que nous l'avons déjà vu [9], cette circonstance

[1] Nos 1498, 1500, 1501.

[2] Jaubert, *Rapport au tribunal* (Fenet, t. XII, p. 609. Loëré, t. XI, p. 471).

[3] Bigot de Préameneu, orateur du gouvernement (Fenet, t. XII, p. 358. Loëré, t. XI, p. 404 *in fine*).

[4] *Supra*, no 1500.

[5] Paul, Sent., l. 5, t. V, § 17 :

« ... *In eo testamento quod nec ut oportuit oblatum nec*

a publicâ recitatum est, heres scriptum in possessionem a multo frustra desiderat. »

[6] Paul, l. 5, D., *De acq. possess.* Furgole, ch. 10, no 12.

[7] Voet, *Ad Pand., De acq. vel amitt. hered.*, no 18.

[8] L. 5, C., *De edict. dñi Adriani tollendo*. Furgole, ch. 10, no 10.

[9] No 1434.

tenait à une cause particulière, à savoir : que son institution ne pouvait valoir que comme legs et était incapable de faire un héritier. Il fallait donc que l'héritier du sang, véritable et seul héritier saisi, fit passer la possession au légataire universel. Or, cette délivrance émanant principalement du fait volontaire de l'héritier *ab intestat* et non de l'intervention de la puissance publique, était bien différente de la possession prétorienne du droit romain.

Quant aux pays de droit écrit, où l'institution d'héritier produisait de si puissants effets, l'héritier institué étant saisi de plein droit n'avait pas de délivrance à demander; la règle : *le mort saisit le vif*, opérait en sa faveur avec la même force qu'elle agissait, en pays de coutume, au profit de l'héritier *ab intestat*. Il pouvait, en conséquence, se mettre en possession de sa propre autorité, continuant ainsi, dans sa personne, la possession du défunt [1].

1825. On sait que, d'après le Code Napoléon, la nécessité de demander la délivrance a été imposée au légataire universel toutes les fois qu'il y a des héritiers du sang réservataires, et jamais quand il n'y en a pas. Cette demande en délivrance, reproduction de celle dont nous venons de voir l'origine dans le droit coutumier, se sépare, par conséquent, pleinement de la possession prétorienne du droit romain; elle ne se distingue pas moins de l'ordonnance de mise en possession prescrite par notre article.

En effet, l'obligation de demander la délivrance résulte de ce que le légataire universel n'est pas saisi lorsqu'il y a des légitimaires. Au contraire, la mise en possession, dans le cas où il n'y a pas d'héritiers de ce genre, n'est requise, comme nous l'avons dit [2], que pour donner au testament olographe ou mystique l'exécution qui lui manque. Le légataire universel n'en a pas moins, dans ce cas, la saisine légale; car *saisina juris est potius quam facti*. D'ailleurs, l'ordonnance du président n'est qu'un acte tenant à l'exécution; elle se rend sur la seule requête de l'héritier institué [3]. Les parents qui succéderaient *ab intestat* n'y sont pas appelés.

A la différence de l'action en délivrance, la requête de mise en possession appartient, par sa nature, à la juridiction volontaire [4]; et l'on ne saurait confondre l'ordonnance qui y répond

avec un jugement de délivrance rendu dans la forme contradictoire.

1826. Nous remarquerons toutefois que comme le président, qui a le pouvoir de rendre cette ordonnance, est en même temps le juge du référé, il pourra souvent arriver que les héritiers *ab intestat* auront la faculté de faire opposition devant ce magistrat à la mise en possession; ce qui ouvrira sur ce point un débat contradictoire en référé.

En effet, d'après l'art. 806 du Code de procédure civile, le référé est un moyen de faire régler provisoirement, par le président, tous les cas d'urgence; et c'est d'un cas de cette espèce qu'il s'agit dans cette matière, où il faut statuer sur la possession, empêcher promptement les dilapidations et prévenir les surprises.

Supposons que l'écriture du testament soit déniée, ou qu'il y ait des circonstances qui permettent de contester à cet acte le caractère de titre apparent : dans tous ces cas et autres analogues, où l'urgence élèvera la voix, on comprend que les héritiers *ab intestat* ont le droit d'intervenir pour obtenir par provision contre l'héritier institué qui a été envoyé en possession, le rapport de cette ordonnance, le séquestre des biens s'il y a lieu, et toutes les mesures conservatoires qui paraîtront nécessaires [5].

1827. Ce n'est pas tout, et lors même qu'il n'y aurait pas d'opposition et de contradictoire, le président peut d'office aller au-devant des objections qui s'opposent à la mise en possession qui lui est demandée. Car, si l'on veut peser les considérations qui ont fait édicter l'article 1008, et que nous avons posées ci-dessus [6], on demeurera convaincu que son ministère n'est pas purement passif. Par exemple, s'il reconnaît qu'il y a eu concours avec le légataire des héritiers à réserve, ou s'il lui paraît que le legs fait à ce légataire n'est point un legs universel, il peut et même il doit refuser l'envoi en possession [7].

1828. De même, il doit la refuser lorsque, *in prima figura*, le testament porte la preuve d'un vice radical extérieur. Car un testament qui n'est pas revêtu des formalités extérieures voulues par la loi n'est pas un testament : comme serait un testament olographe non signé ni daté [8]. Si le testament était biffé, bâtonné, on ne pourrait exiger que le juge prononçât

[1] Furgole, ch. 10, n° 11.

[2] N° 1816.

[3] Cassat., 24 avril 1845 (Devill., 45, 1, 66).

[4] Bruxelles, 3 janvier 1825 (Devill., 7, 2, 148).

Nîmes, 17 février 1824 (Devill., 7, 2, 721). Toulouse,

1^{er} août 1842 (Devill., 13, 2, 71). Jauge Toutlier.

1, V, n° 497. Merlin, *Répert.*, v° *Jurid. gracieux*, n° 1.

1. XVII. Carré et Chauveau, *Lois de la procéd. civile*, t. 1, n° 378.

[5] *Suprà*, n° 1500.

[6] N° 1816.

[7] Orléans, 31 août 1831 (Devill., 52, 2, 143).

[8] Voet, *Ad Pand., tit. Quorum bonor.*, n° 4.

l'envoi en possession. Pourquoi n'en serait-il pas de même dans le cas d'une nullité apparente, de nature à anéantir le testament [1] ?

C'est ce qu'a très-bien établi un arrêt de la cour de Rouen, du 27 mai 1807 [2], où il est dit : « Qu'il est du devoir du président d'examiner la forme extrinsèque de l'acte, et de lui refuser toute sanction, s'il n'a aucun des attributs qui doivent le caractériser; qu'il est même de son devoir de s'enquérir si le requérant a un domicile connu, et jouit d'une réputation qui garantisse que le testament qu'il représente n'est pas un acte destiné à favoriser une spoliation. »

1829. Mais si le testament, présentant tous les caractères extérieurs et visibles d'un testament, ne pouvait être critiqué que sous le rapport de vices intrinsèques ou non palpables, le président ne pourrait se constituer juge de ces défauts qui tiennent à la connaissance ou au jugement du fond. C'est à l'héritier à se pourvoir par action en nullité de l'acte [3].

Quant au président, qui n'intervient que pour statuer par mesure de précaution, il ne doit rien faire qui préjudicie à l'héritier institué, sur des points qui ne sont pas de sa compétence. Ceci peut se fortifier de ce qu'enseignait Voet [4] dans la matière de la mise en possession prétorienne, qui, bien que différente de la nôtre, a cependant avec elle une analogie évidente sur ce point. Suivant sa doctrine, la simple allégation d'un faux, d'une incapacité active de la part de celui qui a fait le testament, d'une incapacité dans la personne du notaire ou de l'institué, ne doit pas empêcher la mise en possession, sauf les droits de ceux qui peuvent tirer parti de ces nullités. Le jurisconsulte Paul disait très-bien : *Sic falsum, sire raptum, sire irritum dicatur esse testamentum, saltem eorum dilaetatione, scriptis hanc jure in possessionem mitti desiderat* [5].

1830. Il en serait autrement si, au lieu du simple soupçon résultant d'une allégation, il existait une plainte en faux principal contre le testament, et une mise en accusation du légataire universel ou du fabricant présumé de l'acte; en pareil cas, on conçoit que les raisons les plus graves doivent arrêter le président.

Même en cas de faux incident, il ne serait pas défendu à ce magistrat, suivant la gravité des circonstances, de suspendre provisoirement l'exécution de l'acte [6].

Cette doctrine est la conséquence évidente des raisons qui ont fait édicter notre article [7]. Lorsqu'il y a plainte en faux principal, ou inscription de faux, les circonstances peuvent paraître assez graves au président pour qu'il soit de son devoir de rassurer la société et de ne pas livrer à un spoliateur une succession dont il ferait sa proie.

1831. Quant au cas où, au lieu d'un faux, il s'agit d'une méconnaissance de l'écriture ou de la signature du testateur par l'héritier *ab intestat*, on peut se reporter aux règles que nous avons exposées ci-dessus dans notre commentaire de l'art. 970 [8].

1832. Nous ne répéterons pas non plus ici ce que nous avons dit au même lieu sur la question de savoir à qui incombe la vérification de l'écriture ou de la signature du testateur en cas de dénégation.

1833. Voet [9] demande ce qui arriverait si deux individus se présentaient au juge, prétendant être tous les deux les institués; par exemple, si le testament disait : « J'institue Titius mon beau-frère, » et que le testateur eut deux beaux-frères du même nom. Si ni l'un ni l'autre ne possédaient les biens héréditaires, et que leurs droits fussent également douteux, il vaudrait mieux, dit Voet, ne donner à aucun la possession. Il y a, en effet, dans l'institution, une perplexité qui la rend incertaine et doit arrêter le juge.

1834. On a demandé si, malgré la saisine légale, et même malgré la mise en possession, l'héritier *ab intestat* pourrait demander l'apposition des scellés, et l'inventaire des titres de la succession, afin d'assurer, par ces actes conservatoires, l'intégrité de ses droits éventuels, en cas de nullité du testament. La jurisprudence s'est fixée pour l'affirmative [10].

La raison en est que ces mesures conservatoires ne portent aucune atteinte à la saisine du légataire universel; qu'elles ne tendent qu'à la conservation des droits des héritiers *ab intestat* qui, pouvant avoir des moyens valides pour

[1] Argument de la loi dernière, au Code, *De edicto divi Adriani tollendo*, Merlin, *Questions de droit*, v. *Légataire*, § 2.

[2] Devill., 2, 2, 248.

[3] Rouen, arrêt précité.

[4] *Ad Pand.*, tit. *Quorum bonorum*, n. 4.

[5] *Sentent.*, l. 5, t. V, § 14.

[6] Art. 19 de la loi du 25 ventôse an xi.

[7] *Supra*, n. 1816.

[8] N. 1500.

Ann. Le légataire universel, en vertu d'un testament olographe dont la signature et l'écriture sont méconnues, ne peut réclamer la saisine légale contre les héritiers du sang. Br., 10 décembre 1843 (*Poite*., 1850, 295).

[9] *Ad Pand.*, tit. *Quorum bonorum*, n. 6.

[10] Bruxelles, 28 novembre 1810 (Deville., 3, 2, 263). Nîmes, 27 décembre 1810 (Deville., 3, 2, 240). Bruxelles, 9 mars 1811 (Deville., 3, 2, 362). Douai, 6 août 1838. Douai, 28 mai 1843 (Deville., 43, 2, 545). Paris, 11 août 1809 (Deville., 3, 2, 122).

faire annuler le testament, ont intérêt à ce qu'on ne dilapide pas les effets de la succession. D'ailleurs, l'article 909 du Code de procédure

civile porte que l'apposition des scellés pourra être requise par tous ceux qui prétendront avoir droit dans la succession.

ARTICLE 1009.

Le légataire universel qui sera en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité des biens sera tenu des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout; et il sera tenu d'acquitter tous les legs, sauf le cas de réduction, ainsi qu'il est expliqué aux articles 926 et 927.

SOMMAIRE.

1835. Des dettes et charges des successions.

1836. Le légataire universel est tenu des dettes et charges *ultra vires emolument*.

1837. Comment est tenu le légataire universel en concours avec les réservataires? — Distinction à faire.

1838. L'existence du réservataire empêche-t-elle que le légataire universel ne fût tenu, en droit romain, directement et personnellement?

1839. Que comprendrait, en droit romain, l'action personnelle? — Dans quelle mesure le légataire

en était-il tenu?

1840. De l'action hypothécaire à laquelle il était assujéti.

1841. Même en concours avec des réservataires, le légataire doit être tenu des charges *ultra vires emolument*.

1842. Comment est-il tenu du paiement des dettes?

1843. Suite.

1844. De l'application de la loi Falcidie en droit romain.

1845. Cette loi n'était point reçue en pays coutumier, et elle n'a point été suivie par le Code.

COMMENTAIRE.

1835. Il est rare qu'une succession ne soit pas grevée de quelques charges, dettes ou legs. Lorsque le légataire est seul à la recueillir sans le concours d'héritier à réserve, il demeure chargé de ces divers fardeaux de l'hérédité.

On sait ce qu'on entend par dettes; d'après la loi 10, D., *De reborum significat.*, c'est tout ce qui est dû en vertu de quelque action que ce soit [1]. Outre les dettes, il y a ordinairement des charges, telles que les frais funéraires, les frais de dernière maladie, etc...

1836. De toutes ces dettes et charges, le légataire universel est tenu au delà de l'émolument qu'il reçoit. N'ayant à côté de lui aucun héritier à réserve, ainsi que nous le supposons ici, se trouvant saisi de plein droit, il faut bien se garder de le confondre avec le légataire universel du droit coutumier, qui devait demander la délivrance à l'héritier du sang, et auquel ne s'appliquait pas la règle : « *le mort saisit le vif* », n'y ayant que Dieu seul qui pût faire un héritier. Aujourd'hui, le légataire universel continue et représente le défunt; il est héritier par la volonté de l'homme, aussi puissante que

la loi; et puisqu'il est héritier, il doit être assimilé à celui qui succède par la nature. D'après le droit coutumier, et malgré [2] l'obligation de demander la délivrance, les légataires universels, sans être héritiers, s'en rapprochaient cependant par certains points importants; ce qui faisait dire à Loisel : Les légataires universels sont tenus pour héritiers [3]. Aujourd'hui, ils ne sont pas seulement tenus pour héritiers; ils sont réellement héritiers, parce que seuls ils tiennent la place du défunt, et que seuls ils lui succèdent *in universum jus*.

Nous avons agité la question de savoir si la charge apposée à une libéralité peut excéder l'émolument, et nous nous sommes décidé pour la négative, par le principe qu'une libéralité ne peut pas être onéreuse à celui qui la reçoit [4].

Mais ce principe n'est pas applicable à un légataire universel, ou héritier institué qui représente la personne du défunt, parce qu'en cette qualité on a contre lui les mêmes actions qu'on aurait eues contre son auteur. Il doit donc être tenu des dettes et charges, même au delà des biens héréditaires [5]. Il n'y a aucune dif-

[1] Furgole, eh. 40, sect. 3, n° 82.

[2] Argument de ce que dit Delaurière, *Des institutions contractuelles*, eh. 4, n° 127 et suiv.

[3] Liv. 2, t. IV, n° 14. Delaurière insiste sur les

différences, sur Loisel, loc. cit.

[4] *Suprà*, n° 363.

[5] L. ultim., C., *De jure deliber.*

sérence entre lui et l'héritier de la loi pour cette obligation. C'est lui que la volonté du défunt a mis à la place du successeur légitime, et l'on doit le traiter comme ceux dont la loi romaine disait : « *Hi qui in universum jus succedunt, hæredis loco habentur* » [1]. » Ce point est aussi clair que le jour à l'égard du légataire universel qui n'est pas en concours avec des héritiers à réserve. Ce légataire a le même caractère que l'héritier institué du droit romain : *personam defuncti sustinet*. Il est donc tenu de la même manière, c'est-à-dire : *ultra vires hereditatis* [2].

Cependant la loi vient à son secours, lorsque la succession n'est pas assez riche pour suffire à toutes les charges héréditaires, et comme il est véritablement héritier, elle lui accorde le bénéfice d'inventaire dont il est parlé aux art. 783 et suivants du Code Napoléon.

On avait pensé [3] que ces articles ne pouvaient être appliqués aux légataires universels, parce que la loi ne parle que des héritiers. Mais les légataires universels sont de véritables héritiers faits par la volonté de l'homme, *qui in universum jus succedunt et hæredis loco habentur* [4]. Ils doivent donc jouir des mêmes bénéfices que les héritiers de la loi [5]. Tous ces points sont aujourd'hui consacrés par la jurisprudence et admis par tous les hommes versés dans les saines doctrines pratiques. Sous l'ancien droit coutumier, il n'en était pas ainsi ; le légataire universel n'était pas héritier. Son titre émanait de la volonté du testateur, et Dieu seul pouvait faire un héritier. Par suite, il n'avait pas de saisine et il était tenu de demander la délivrance. En principe, donc, il n'était pas tenu des dettes personnellement ; il n'en était

tenu qu'à cause de la chose, *ob rem*. Il est vrai qu'il y avait un cas où il pouvait être tenu, même *ultra vires*. C'est celui où il n'avait pas pris la précaution d'empêcher, par un inventaire, la confusion de ses biens avec les biens de la succession [6]. Et alors, comme il prenait en réalité la succession, non pas à la vérité de la main du défunt, mais de la main de l'héritier du sang, on le regardait comme un héritier utile, et on le traitait *ad instar* de l'héritier véritable ; sans quoi, il lui eût été facile de profiter des successions et de frauder les créanciers [7]. Ceci ne veut pas dire que les légataires universels fussent tenus de prendre en chancellerie des lettres de bénéfice d'inventaire [8]. Ils n'étaient pas assujettis à cette obligation réservée pour les seuls héritiers. Ils n'étaient tenus qu'à un simple inventaire fait loyalement, sans déclaration ni solennité exceptionnelle. Moyennant quoi, les légataires universels n'étaient soumis qu'à l'action *personalis in rem scripta*, et ils ne pouvaient être poursuivis que jusqu'à concurrence de ce qu'ils amendaient dans les biens du défunt ; de sorte, nous le répétons, qu'il n'était pas nécessaire qu'ils acceptassent le legs universel sous bénéfice d'inventaire, et ils pouvaient se décharger des dettes en abandonnant les biens [9].

Aujourd'hui, ces idées sont inapplicables. Le légataire universel n'a pas un caractère restreint ; il n'est pas effacé ou diminué par un héritier du sang non réservataire, seul apte à lui donner la saisine. Il est la personification, sans intermédiaire et sans limites, du défunt. Il est donc tenu personnellement et indéfiniment de ses dettes, sauf le bénéfice d'inventaire dont il peut user comme un héritier.

[1] LL. 117 et 128, § 1, D., *De regulis juris*. Delaurière, ch. 4, n° 129, et sur Loisel, 2, 4, 14.

[2] Voet, *Ad Poud.*, l. *De legatis*, lib. 30, § 1, 32, tit. n° 15, signale la différence entre celui qui est héritier institué et celui qui n'est que légataire particulier :

« *Hæredes jure novo legatis ultra gravari possunt quoniam honorati sunt, quoties eoque inventarii beneficio additionem faciunt, utpote carere Falcidia legis deducuntur; legatarii vero et similes ultra non ultra, quoniam quatenus a defuncto acceperint, sic ut, quod amplius est, inutiliter relictum censentur.* »

Dans l'ancien droit romain, l'héritier n'était tenu des legs que jusqu'à concurrence des biens qui restaient après le paiement des dettes et la retenue de la quote falcidie (l. 12, C., *De testam. mil.*). Mais, depuis l'introduction du bénéfice d'inventaire, Justinien changea cette jurisprudence, et, pour punir ceux qui n'avaient pas de ce bénéfice, il voulut que l'héritier fût tenu indéfiniment des legs comme des dettes (Voet, l. 28, t. VIII, n° 27, *De jure delib.*).

[3] Les auteurs des *Pandectes françaises*.

[4] Paul, l. 128, § 1, D., *De reg. juris*, Ulpien, l. 9, § 12, D., *De hæred. instituend.* Chabot sur les *Succes.*,

art. 873, n° 26. Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 7, art. 1, n° 17 in fine.

[5] Arrêt de cassat. (chambre civ.), 13 août 1831 (Devill., 31, 1, 637). *Infra*, n° 1839.

[6] Brillon, v° *Inventaire*, n° 23, rapporte que, « par un arrêt rendu le 14 mai 1691, au rapport de Lescallapier, en la 1^{re} chambre des enquêtes, il a été jugé que, faite par un légataire universel d'avoir fait faire inventaire, les créanciers de la succession pouvaient s'adresser sur ses propres biens, y ayant confusion, nonobstant la reconnaissance par lui faite au legs universel pendant le procès, et qu'il soutint que sa défunte mère n'avait laissé aucuns biens, et qu'enfin il n'avait jamais profité de la succession, ce qu'il offrait prouver par la commune renommée, se soumettant même à la peine du quadruple si on prouvait qu'il eût profité de quelque chose. »

[7] Loyseau, *Déguerpissement*, liv. 1, ch. 11, n° 2. Delaurière, *Inst. cont.*, ch. 4, n° 133, 134, et sur Loisel, 2, 4, 1. *Infra*, n° 2419.

[8] Ferrières sur Paris, art. 334, § 3, n° 11. Brillon, v° *Dettes*, n° 16. Arrêtés de Lamoignon, t. XLV. Pothier sur Orléans, introduction au t. XVII, n° 113.

[9] Pothier, loc. cit.

1837. Nous venons de parler du cas où le légataire universel se trouve appelé sans concours des réservataires.

Examinons celui où le testateur laisse des héritiers en ligne directe qui ont un droit de réserve, et voyons de quelle manière sont tenus les légataires universels.

Pour procéder avec ordre, il faut distinguer plusieurs points.

Et d'abord l'existence de l'héritier à réserve, qui soutient la personne du défunt, empêche-t-elle que le légataire universel soit tenu directement ?

En second lieu, que comporte cette action directe ? Dans quelle mesure le légataire en est-il tenu ?

En troisième lieu, le légataire universel est-il tenu, même *ultra vires emolumentii*, de telle sorte qu'il ne puisse pas se soustraire aux dettes en abandonnant la chose ?

1838. Sur le premier point, examinons ce qui se passait dans le droit romain.

Il y avait un principe écrit dans la loi des Douze Tables : c'est que les dettes devaient suivre l'héritier et non le successeur à titre singulier. De là vient que l'action personnelle que les dettes et charges produisent ne passait pas contre les légataires, parce qu'ils n'étaient considérés que comme des successeurs à titre singulier, et qu'ils n'avaient pas dans leur personne un titre universel. Car, quelle que fut la quotité des biens à eux laissés, ils n'avaient jamais l'universalité des droits contenus dans l'hérédité ; on ne regardait comme successeurs universels que ceux qui représentaient le défunt en tout et pour tout, tels que ceux qui obtenaient la possession prétorienne des biens, ceux à qui l'on restituait l'hérédité en vertu du S. C. Trébellien, etc. [1]. Voilà pourquoi la loi finale au Code, *De hereditariis actionibus*, disait : « *Creditores hereditarios aduersus legatarios non habere personalem actionem conuenit, quippe cum evidentissimè lex Duodecim Tabularum heredes huic rei faciat obnoxios* [2]. » Dans le droit romain, l'action des créanciers ne pouvait donc être régulièrement exercée que contre les héritiers institués, chacun pour leur part et portion : « *Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis erecta cito sunt* [3]. » Ils ne pouvaient ac-

tionner directement les légataires qui n'étaient autre chose que des successeurs singuliers, quel que fût l'émolument du legs [4].

Mais, malgré la rigueur de ces principes du droit strict, l'équité avait concilié les intérêts des héritiers avec les intérêts des créanciers, et voici par quel moyen.

Où le legs universel comprenait une partie de l'hérédité, ou il contenait une partie des biens.

S'il contenait une partie de l'hérédité (*partem hereditatis*), comme l'hérédité comprend l'émolument et les charges, il s'ensuivait que le légataire de partie de l'hérédité demeurait assujéti aux charges en proportion de cette partie de l'hérédité. Alors il se faisait entre l'héritier institué et le légataire de partie de l'hérédité une stipulation par laquelle ce dernier s'obligeait à supporter sa portion des dettes et charges, et à rembourser à l'héritier tout ce que ce dernier aurait payé à raison de ces dettes et charges. Cette stipulation, dont Ulpien parle dans ses fragments, s'appelait *partis et pro parte* [5]. Elle n'empêchait pas que l'héritier ne fût seul obligé vis-à-vis le créancier ; car les actions restaient attachées à sa personne. Elle faisait seulement que le légataire, en sa qualité de légataire d'une partie de l'hérédité, ce qui comprenait l'émolument et les dettes, indemnisait l'héritier de ce qu'il avait payé pour l'acquittement des dettes.

Par la suite, Justinien, ami de la simplicité dans le droit [6], abrogea cette stipulation qui n'était qu'un détour ; il voulut, par imitation du S. C. Trébellien, que les actions du créancier passassent sur la tête du légataire pour la portion de l'hérédité comprise dans son legs [7].

Quand le legs était d'une quote de biens, ou se réglait par des principes différents. En effet, l'on connaît la règle : *Bona non dicuntur nisi deducto aere alieno* [8]. Le légataire ne pouvait donc prétendre qu'à ce qui restait après la déduction des dettes et des charges. Alors l'héritier retenait sur les legs tout ce qu'il fallait pour le paiement des dettes auxquelles sa qualité d'héritier le rendait obligé pour le tout. « *Cum autem pars bonorum ita legatur : « Bonorum meorum que sunt cum moriar, » dos et manumissorum pretia à medio deducenda sunt* [9]. » C'est ce qui fait dire à Voet :

[1] Pothier, *Pand.*, t. III, p. 285, n° 54.

[2] Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*

[3] *Tabula quinta*, C. 4. Pothier, *Pand.*, t. I, p. CVII.

[4] Delaurière, *Institutions contractuelles*, ch. 4, n° 130.

[5] T. XXV, § 15.

[6] Inst., *De fideicom. hered.*, § 7.

[7] Cujas, *comm. sur la loi 8, § ult.*, D., *De legat.*, 2°.

Furgole, ch. 10, sect. 3, n° 102.

[8] *Pand.*, l. 39, § 1, D., *De verb. signif.*

[9] Modestinus, l. 9, D., *De leg.*, 2°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 367, n° 27.

« *Haeres legatarius non ultra quidquam praestabit, quam post dimissos defuncti creditores et deductas funeris impensas ac pretia eorum manumissorum in hereditate reperiuntur erat* [1]. »

On sent la différence que l'on devait mettre entre le legs de portion de l'hérédité et le legs de portion des biens dans les principes du droit romain, qui, plus que le nôtre, s'attachait à l'énergie des mots. Dans le legs de partie des biens, on déduisait les dettes; car les biens ne s'entendaient que *deducto arre alieno*. Dans le legs de partie de l'hérédité, on ne les déduisait pas, et on les laissait, au contraire, à la charge du légataire; car l'hérédité est un *nomen juris*, qui comprend l'émolument et les charges [2].

« Telle était la jurisprudence romaine. Nous le répétons encore : hors le cas de legs de partie de l'hérédité, l'héritier, avant de payer les legs, soit de quotité, soit particuliers, retenait sur les biens tout ce qu'il fallait pour le paiement des dettes; car lui seul y était obligé par la qualité d'héritier : il ne payait les legs qu'après cette déduction [3]. Les créanciers n'avaient pas d'action personnelle contre les légataires mêmes d'une quote des biens. C'était l'héritier seul qu'ils pouvaient poursuivre directement. Écoutez d'ailleurs Cujas : « *Cui pars hereditatis,*

« *legati, aut fideicommissi relinquuntur, ipso jure subijcitur oneribus hereditariis, et ideo haereditas habetur; nec necessariae sunt stipulationes partis et pro parte; et hoc ita procedit, si universarum rerum pars legetur haereditatis verbo, hoc modo : HEREDITATIS PARTEM DO, LEGO; HEREDITATIS REAM PARTITIOREM DO, NAM ITA LEGATARIUS, vel remedio cautionum, vel hodie, ipso jure, agnoscat onera hereditaria. Quid fiet si bonorum appellatione, testator omnium rerum suarum partes legaverit, hoc modo : BONORUM MEORUM QUE ERUNT PARTEM DO, LEGO. Hoc casu deducuntur onera, priusquam fiat partitio, priusquam praestetur legatum, sicut fieri solet, in legatis rerum singularium. Nam legata rerum singularium non praestantur, nisi deductis oneribus; eodem modo legatum partis bonorum, nisi deductis oneribus, non praestabitur. Interest ergo bonorum an hereditatis partem testator legaverit. Hereditatis nomen complectitur commodam et incommodam, bonorum autem sola comoda* [4]. »

Ce système, quoique plus conforme à la raison, avait cependant ses inconvénients, comme le dit Merlin [5] après Ricard [6]; car on ne savait pas toujours, lors de l'évaluation de l'hérédité, toutes les dettes qu'avait laissées le défunt; il pouvait se présenter plus tard des créanciers d'abord inconnus. Comment déterminer, d'une manière fixe et invariable, la déduction à opérer?

C'est pourquoi on avait eu devoir s'écarter de la rigueur de ces principes dans le droit français, moins soumis que le droit romain à l'empire des subtilités et à la tyrannie de la forme des actions. Les nouveaux interprètes du droit romain avaient insinué que quiconque succède en une quote devait être tenu des dettes en proportion de cette quote, aussi directement que s'il était héritier. Hotman avait fait cette ouverture sur la loi *Eris alieni*, C. *De donationibus*. Elle fut bientôt suivie par la jurisprudence des arrêts et particulièrement par le fameux arrêt appelé Des Boularais, donné en forme de règlement par le parlement de Paris, le 14 mai 1562 [7], et qui plus tard servit de fondement à l'art. 554 de la coutume de Paris, ainsi conçu : « Et quand ils succèdent les uns aux meubles, acquêts et conquêts, les autres aux propres, ou qu'ils sont donataires ou légataires universels, ils sont tenus de contribuer aux dettes pour chaque part et portion qu'ils en amendent. » Dès lors, il devint certain par toute la France que le légataire universel pouvait être actionné directement par les créanciers [8].

C'est ce système d'action directe qu'a adopté le Code Napoléon. Le légataire universel est tenu directement; et afin de donner à ce recours direct une sanction pleine et efficace, le Code veut qu'il engendre une action personnelle et, suivant les cas, une action hypothécaire. Le légataire est tenu personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout, c'est-à-dire, qu'on peut l'actionner par l'action personnelle, ou par l'action hypothécaire, si le créancier est hypothécaire. C'est ce que dit notre article. Nous verrons plus bas si l'action personnelle est seulement *personalis in rem scripta*, ou bien si elle oblige le légataire même *ultra vires* [9].

1830. Voyons, maintenant, ce que comprend l'action directe et personnelle.

[1] De jure delib., l. 28, t. VIII, n° 37.

[2] Cujas, loc. cit. Delaurière, ch. 4, n° 130.

[3] Institt., De lege Falcidia, l. 2, t. XXII, § 3.

[4] Cujas, loc. cit.

[5] Report, v° Légataire, § 7, art. 1, p. 804.

[6] Part. 3, ch. 11, n° 1316.

[7] Brillon, v° Dettes, n° 11.

[8] Coquille, quest. 225. Lebrun, Des successions, l. 4, ch. 2, sect. 1, n° 3 in fine. Ricard, part. 3, n° 1311. Merlin, loc. cit., p. 804.

[9] N° 1841.

Et d'abord, il convient de faire une observation essentielle : c'est qu'en considérant le légataire universel en tant qu'il est soumis aux dettes, il peut se trouver dans deux positions différentes : la première, lorsqu'il est obligé de répondre à une action directement intentée contre lui par un créancier ; la deuxième, lorsqu'il fait le partage des dettes avec l'héritier à réserve.

Dans le cas où il est personnellement actionné, la loi dit qu'il est tenu pour sa part et portion (1009).

Dans le cas où il s'agit seulement de faire le partage des dettes entre cohéritiers ou prenant part à la succession, l'art. 871 dit qu'il est tenu au prorata de son émoulement.

Ceci demande des éclaircissements, et pour débrouiller cette matière, il convient de prendre les choses de plus haut :

Dans le droit romain, les dettes se divisaient de plein droit entre les héritiers *pro portionibus hereditariis*, ainsi que nous l'avons vu par la loi des Douze Tables [1]. On rejetait absolument le partage des dettes *pro modo emolumentum* : « *Neque equam, neque usitatam rem desideras : ut res alienum patris tui non pro portionibus hereditariis exsolutis, ut et frater cohæres tuus, sed pro estimatione rerum prætigatorum ; cum sit explorati juris, hereditaria onera ad scriptos hæredes pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumentum pertinere* » [2]. »

Il suivait de ce principe qu'on n'avait pas égard aux prélegs faits à un cohéritier, à la valeur plus ou moins grande des biens que le testateur avait laissés à l'un plutôt qu'à l'autre dans le partage de l'hérédité, aux charges spéciales dont l'un avait été grevé personnellement par le défunt. L'émoulement que l'un des cohéritiers retirait de plus que l'autre de sa portion était considéré comme une espèce de prélegs, ou hors part, qui n'était pas pris en considération pour la contribution aux dettes [3].

Dans le droit coutumier, au contraire, la contribution aux dettes ne se faisait entre cohéritiers qu'à raison de l'émoulement, et nullement par portions viriles [4] ; et, comme on avait en quelque sorte assimilé les légataires universels à des espèces d'héritiers, l'art. 354 de la coutume de Paris ne les appela à concourir aux legs que proportionnellement à l'émoulement qu'ils

retiraient de leurs legs, et non pas eu égard à leur portion virile [5].

C'est ce mode de partage que le Code Napoléon a adopté [6]. « Le légataire à titre universel contribue avec les héritiers au prorata de son émoulement. »

Mais les créanciers sont-ils obligés de s'en tenir à ce partage fait entre cohéritiers ou individuellement prenant part à la succession ?

Lebrun enseignait la négative d'après les règles de l'ancien droit coutumier [7]. « Cette action personnelle, dit-il, a paru si légitime que, dans le cas où les héritiers font entre eux un partage inégal des dettes passives et qu'ils les supportent *pro ratâ emolumentum*, les créanciers chirographaires ne laissent pas de poursuivre chacun des héritiers pour sa part virile, sans attendre le partage qui ne regarde que les héritiers mêmes. Tel est l'avis de Dumoulin sur l'art. 81 de la coutume de Vitry : *Et sic pro ratâ honorum, scilicet ut sese ad invicem exonerent ; ceterum creditores possunt exigere contra hæredes, salvo eorum recursu*. » C'est aussi l'avis de Coquille, et il devrait en être ainsi quand même le partage aurait été fait et consommé : *Non enim ex personâ hæredis conditio obligationis immutatur* [8]. »

Le Code a suivi cette doctrine, ainsi qu'on peut s'en assurer par la lecture de l'art. 870. Elle est commune aux héritiers et aux légataires universels, d'après l'art. 1009.

Ainsi, par exemple, Titius ayant un patrimoine de 18,000 fr., laisse un fils légitime et un légataire universel. Ce légataire universel est grevé d'une charge de 4,000 fr. au profit de Sempronius. Le testateur laisse 10,000 fr. de dettes qui ne sont connues que longtemps après sa mort. Le légataire universel a pris la moitié des biens de la succession et le fils légitime est entré en possession de l'autre moitié à titre de réserve. Le créancier de la somme de 10,000 fr. devra actionner le légataire universel et le réservataire, chacun pour moitié. Ce serait inutilement que le légataire universel dirait que son émoulement s'est trouvé diminué de la charge de 4,000 fr. dont nous avons parlé ci-dessus, et qu'il ne doit être tenu que *pro ratâ emolumentum* ; on lui répondrait victorieusement que l'art. 1009 l'oblige vis-à-vis le créancier pour sa part et portion virile qui est la moitié.

Nous verrons d'une manière plus sensible l'ap-

[1] N° 1858.

[2] L. 1, C., *Si cert. petatur*, Pothier, *Pand.*, t. II, p. 243, n° 70. Ricard, *part. 3*, n° 1512. Furgole, *ch. 10*, sect. 3, n° 109.

[3] Ricard, *loc. cit.*

[4] « Et lors, les dettes se payent au fur de ce que

« chacun'en amende. » (Loisel, 2, 5, 13 : il parle des successions *ab intestato*.)

[5] Voy. Ricard, Furgole, Lebrun, *loc. cit.*

[6] Art. 871 du C. Nap.

[7] Lebrun, *loc. cit.*, n° 3.

[8] Paul, t. 2, § 2, D., *De verbor. signif.*

plication de ces principes, quand nous parlerons du legs à titre universel (1).

1840. Arrivons à notre troisième point, à savoir si le légataire universel qui se trouve en concours avec un héritier à réserve est tenu *ultrà vires*.

C'est là une question qui a divisé profondément les auteurs (2).

Bien qu'il soit admis par tous que, sous l'empire du Code, le légataire universel qui n'est point en concours avec un réservataire soit tenu *ultrà vires*, on veut qu'il en soit autrement lorsqu'il y a un réservataire.

La raison que l'on donne pour expliquer cette différence, c'est que l'héritier appelé par la loi à la succession du défunt le représente seul véritablement; que le légataire, au contraire, qui est forcé de s'adresser à l'héritier pour obtenir la délivrance, n'est plus qu'un successeur aux biens, tenu *ob rem* et par conséquent pouvant se libérer des poursuites en abandonnant la chose. On argumente, non sans force, de l'analogie qui existe entre le légataire dont nous parlons et le légataire universel de l'ancien droit coutumier, qui, obligé de demander la délivrance à l'héritier du sang, n'était qu'un héritier imparfait, tronqué, et qui, par conséquent, n'était tenu des dettes que par l'action *personalis in rem scripta*, et par suite jusqu'à concurrence de ce qu'il avait amendé (3). On sait, en effet, que dans le droit coutumier, les légataires universels ne pouvaient prétendre au titre d'héritier, que Dieu seul et le sang pouvaient donner.

Pourtant, cette circonstance que le légataire universel est tenu de demander la délivrance de son legs, en cas de concours avec un héritier réservataire, doit-elle avoir, sous le Code Napoléon, les conséquences que l'on veut en tirer? Remarquons d'abord que, sous l'empire de la législation actuelle (4), les mots d'héritier, de légataire, ne sont pas en opposition, ainsi qu'ils l'étaient dans le droit coutumier où une barrière infranchissable séparait l'héritier du sang de celui qui ne tenait sa vocation que de la volonté de l'homme. Nous ne tenons plus en France que Dieu seul peut faire un héritier; la volonté de l'homme peut imiter l'œuvre de Dieu; elle peut

créer un héritier à la place de l'héritier du sang. Et quand il y a un héritier à réserve, elle peut, après avoir laissé la réserve intacte, cumuler sur la tête d'un légataire tout l'emolument présent et à venir de la succession. Est-ce qu'en pareil cas, ce légataire n'est pas un héritier utile, pour me servir de l'expression de Delaurière (5)? Et quelle différence essentielle et raisonnable y a-t-il entre lui qui peut quelquefois représenter le défunt pour la plus grande part, et l'héritier du sang dont le testateur a pu amoindrir les avantages autant que la loi le lui permettait? Ne sont-ils pas tous deux héritiers, malgré la diversité de leurs titres?

Sans doute, de ce que le légataire universel est obligé de demander la délivrance, il résulte que les créanciers du défunt doivent attendre que le légataire ait été mis en possession avant de le poursuivre. Mais une fois la délivrance accordée, ces créanciers se trouveront vis-à-vis du légataire, absolument avec les mêmes droits que s'il avait été saisi d'une autre manière, et dès les premiers moments. De telle sorte que peu importera que le légataire universel soit ou ne soit pas en concours avec un héritier légitime; dans tous les cas, il sera comme l'héritier même, il sera un héritier utile, un véritable successeur à titre universel ayant les mêmes droits, et sujet aux mêmes charges.

Du reste, nous le répétons, n'exagérons pas la portée de la loi qui accorde la saisine à l'héritier légitime et la refuse au légataire universel. Cette distinction purement honorifique, donnée au réservataire, ne peut rien changer au fond des choses. Elle n'empêche pas qu'il n'y ait un héritier testamentaire à côté de l'héritier légal. On peut, chez nous, décéder *partim testatus, partim intestatus*; on peut, par conséquent, avoir deux héritiers d'origine différente, venant ensemble, l'un de par le testament, l'autre de par la loi, et ce serait rentrer dans une exagération du droit coutumier, que de vouloir que le sang pût faire seul un héritier.

S'il en est ainsi, si ces deux successeurs peuvent concurremment aspirer au titre d'héritier, il s'ensuit que tous deux doivent supporter les dettes de la succession et être sujets aux mêmes actions.

[1] *Infra*, n° 1857 et suiv. Voy. aussi, sur la manière dont le légataire universel de l'usufruit contribue aux dettes, l'art. 612 du C. Nap. Junge Ricard, loc. cit., n° 1355.

[2] Pour l'affirmative : Voy. Merlin, *Repert.*, v° *Légit.*, § 7, n° 17. Grenier, n° 515. Bayle-Mouillard sur Grenier, loc. cit. Chabot de l'Allier, *Successions*, n° 26, sur 875. Vazeille, n° 10, sur l'art. 792. Niclas-Gaillard, *Revue critique de jurispru-*

dence, t. II (1852), p. 311.

Pour la négative :

Voy. Favard, v° *Testament*, sect. 2, § 2, n° 9. Delvincourt, t. II, p. 568 et suiv. Tonillier, t. V, n° 556. Duranton, t. VII, n° 14. Zachariæ, t. V, § 723. Coin-Delisle, n° 1, sur les art. 1003 et 1009.

[3] *Supra*, n° 1836.

[4] Art. 1002.

[5] *Instit. cout.*, ch. 6, n° 133.

Voyons, en effet, les textes. L'art. 875 dit que l'héritier est tenu des dettes et charges de la succession, « personnellement pour sa part et portion virile, et hypothécairement pour le tout. » L'art. 1009 dit de même que le légataire universel en concours avec un réservataire est tenu « personnellement pour sa part et portion virile, et hypothécairement pour le tout. » Ces textes sont décisifs : ils tranchent la question. Cette même expression « personnellement », employée à l'égard de l'héritier et du légataire, indique bien qu'ils sont considérés l'un et l'autre comme étant dans une condition égale, quant au paiement des dettes ; que l'un et l'autre sont tenus des dettes et charges de la succession proportionnellement à ce qu'ils y recueillent, et qu'ils sont tenus chacun personnellement pour sa part et portion.

Ainsi, l'héritier à réserve qui aura un quart sera tenu personnellement d'acquitter le quart de toutes les dettes, et le légataire universel devra acquitter personnellement les trois quarts. Le mot « personnellement » a une énergie qui renverse toutes les objections. Il déclare que les dettes s'attachent à la personne, *sicut lepra cuti* ; qu'elles suivent le débiteur jusqu'à ce qu'il ait tout payé, et que ni l'héritier, ni le légataire universel ne peuvent échapper à l'obligation des dettes par l'abandon de la chose ; l'obligation personnelle, malgré cet abandon, persisterait toujours tant qu'il resterait quelque chose à payer.

Ces raisons ont été développées avec beaucoup d'autorité dans un arrêt de la chambre civile de la cour de cassation, rendu le 15 août 1851 [1], sur les conclusions fortement motivées du premier avocat général, Nicias-Gaillard. Cet arrêt nous paraît avoir fixé la jurisprudence dans le sens réclamé par la raison, la bonne foi, et les principes du droit de succession sainement entendus.

Il est toujours facile au légataire universel de se prémunir par le bénéfice d'inventaire. Mais, quand il confond les biens de l'hérédité avec les siens propres, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même, si l'action personnelle produit, par son propre fait, toutes ses conséquences rigoureuses.

1841. L'action personnelle n'est pas la seule dont soient tenus les légataires universels. Ils

peuvent être poursuivis par l'action hypothécaire, lorsque les créanciers ont une hypothèque. Et ils en sont tenus pour le tout ; car l'hypothèque est indivise, *tota in toto et in quolibet parte* ; elle se répand sur tous les biens que le défunt a laissés au temps de son décès, et suit le possesseur des fonds à quelque titre qu'il possède [2].

1842. Examinons maintenant comment le légataire universel est tenu du paiement des legs.

On sent, dès le premier instant, que le paiement des legs, lorsqu'il y a un héritier à réserve et un légataire universel, ne peut concerner, en aucune manière, l'héritier du sang réduit à sa réserve ; car les legs ne peuvent jamais porter atteinte à la portion indisponible.

Dès lors, il y a, sur ce point, une très-grande différence entre le paiement des legs et le paiement des dettes.

Les dettes affectent toute la succession et diminuent même la portion indisponible.

Les legs, au contraire, ne peuvent être pris que sur la portion disponible. En aucun cas, ils ne peuvent entamer la réserve.

L'héritier à réserve contribue donc aux dettes.

Mais il ne peut contribuer au paiement des legs. Cette prestation appartient tout entière à celui qui est saisi de la totalité de la portion disponible. Voilà pourquoi notre article dit que le légataire universel doit payer tous les legs, sauf la réduction que ces legs auraient à supporter pour la formation de la réserve.

Dans ce cas, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus [3], le Code ne fait pas de distinction entre les legs ; il les considère comme tous égaux. Ce n'est que lorsque la légitime est fournie dans son entier, qu'alors il s'établit une hiérarchie entre les legs, et que le legs universel demeure grevé de la charge des legs particuliers.

1843. La loi dit que le légataire universel doit payer « tous les legs. » Ces expressions ont été employées pour faire bien comprendre que les legs sont dus en entier, alors même qu'ils excéderaient l'émolument de la succession. Il en était autrement dans le droit antérieur à Justinien [4]. Mais ce prince changea cet état de choses par l'établissement du bénéfice d'inven-

[1] Devill, 51, 1, 657. Dalloz, 51, 1, 281. *Journal du Palais*, 1852, 1, 481.

[2] Furgole, ch. 20, sect. 3, n° 135.

[3] Voy. n° 1015, sur l'art. 926.

[4] Domat expose ainsi les raisons de cette ancienne jurisprudence d'après lui l. 1, § 17, D., *Ad s. consultum Trebellianum* :

« Sed inter modum hujus prestationis et modum aris

« alieni hoc interest, quod obligatur heres ari alieno, etri
« hereditas utendo non ari. Legati autem ari fideicom-
« missi nomine non trahunt ultra, quam ad eum ex herede
« dilato pervenit. Differentia ratio est quod heres succedit
« in locum defuncti. Itaque quod defuncti onus fuit, id
« ipsum et heres in se suscipit. Defunctus non debuit
« legata. Ipse est qui hie voluntate sua heredem obstrinxit,
« non se. Quapropter quod hic debeat heres, non est ex

taire; il voulut que l'héritier, qui ne serait pas inventaire, fût tenu de tous les legs, quand même ils excéderaient les forces de la succession [1].

Il en doit être de même dans notre droit; et ce que nous avons dit de l'obligation de l'héritier de payer les dettes doit également s'appliquer au paiement des legs [2].

1844. L'obligation de payer les legs, et de les payer tous, exclut, comme on le voit, le droit de retenir la quote falcidie usitée dans les pays de droit écrit et dont il est à propos de dire un mot.

Suivant la loi des Douze Tables, un père avait le droit de faire des legs à sa volonté. Mais on sentit bientôt que quoique la générosité fût une vertu digne d'éloges, il était nécessaire de mettre des bornes à des libéralités dissolues, qui épuisaient le patrimoine de la succession à tel point que l'héritier, se trouvant privé de tout émolument, répudiait pour ne pas se charger d'un fardeau sans aucun profit. On rendit, à différentes époques, les lois *Furia* et *Voconia* qui limitèrent le droit de disposer. Mais ces lois furent jugées insuffisantes [3], et l'on porta enfin la fameuse loi Falcidie, par laquelle il fut défendu à tout testateur de léguer au delà des trois quarts de sa succession; de sorte que, lorsqu'on aurait légué au delà, l'héritier pourrait retenir sur les legs ce qui lui serait nécessaire pour conserver le quart de la succession [4].

La loi Falcidie, comme le dit Voet [5], eut pour principal avantage d'empêcher que les volontés des défunts restassent sans effet; ce qui était une considération du plus haut intérêt chez les Romains, si jaloux de la prérogative de tester! Il est vrai qu'on restreignait la plénitude du droit conféré par la loi des Douze Tables. Mais cette restriction était nécessaire pour ne pas rendre illusoire le pouvoir de tester, et il n'est nullement nouveau en jurisprudence qu'on limite un droit en quelque chose, pour assurer son effet dans tout le reste.

Il fallait donc que l'on réservât à l'héritier institué le quart de la succession, sans quoi il

pouvait retrancher sur chacun des legs de quoi le compléter. On présumait que celui qui instituait un héritier le préférait à de simples légataires.

Pour fixer la valeur du patrimoine, on commençait par déduire les dettes, les frais funéraires, le prix des esclaves affranchis, et les dépenses faites pour accepter l'hérédité.

On imputait dans la quote tout ce que l'héritier institué avait reçu à titre d'institution. La retenue frappait sur les legs, sur les fidéicommiss particuliers, sur les donations à cause de mort et sur celles entre mari et femme. Les donations entre-vifs en étaient affranchies.

Il y avait cependant plusieurs cas où elle n'avait pas lieu : 1^o sur le legs de la dot fait à la femme; 2^o dans les testaments militaires; 3^o sur les legs pour cause pie; 4^o si le testament défendait expressément de retenir la quote; 5^o si l'héritier n'avait pas fait d'inventaire. Avant Justinien, l'héritier n'était pas tenu des legs indéfiniment, puisqu'il pouvait retenir dans tous les cas la quote falcidie. Mais, après l'introduction du bénéfice d'inventaire, Justinien voulut que ceux qui négligeraient ce remède salutaire fussent privés du bénéfice de la falcidie et qu'ils fussent tenus des legs, même au delà des forces de l'hérédité [6].

1845. La falcidie n'était pas reçue dans les pays coutumiers [7]; elle n'avait été établie qu'au profit des héritiers testamentaires si favorables en droit romain, et l'on sait que le droit coutumier ne reconnaissait que des héritiers *ab intestat*, toutes les institutions d'héritiers étant assimilées à de simples legs [8].

Mais la loi Falcidie était pratiquée dans les pays de droit écrit, et l'héritier institué qui avait fait inventaire en avait le bénéfice [9].

Le Code a dégagé le droit de cette complication; il n'avait pas les hautes raisons du droit romain pour favoriser les héritiers testamentaires. Si le légataire universel trouve que l'hérédité est trop grevée, il n'a qu'à la répudier. Nous ne voyons pas de honte à ce qu'un père de famille décide *intestat*.

« *personæ et jure defuncti, sed ex voluntate ejus æstimantur dum, aliqui intelligunt defunctus hæc omnia voluisse obligare, atque adeo hæc omnia obligare potest vel hæc omnia, vel aliam, quatenus in eam constituit. Quod amplius est, institutio relinquatur.* » Comment., l. 7, c. 11, n° 13.)

[1] Nov. 1. Auth. *Sed cum test.*, C., *Ad leg. Falcid.* Donau, loc. cit., n° 14.

[2] Grenier, n° 313.

[3] Calus, *comm.* 2, § 224 et seq. Instit., *De leg. Falcid.*, in principio.

[4] Voet, *Ad leg. Falcid.*, n° 2. Heineccius, *Instit.*, l. 2, §. XXII, §§ 648 et suiv. Pothier, *Pand.*, l. II, p. 498, n° 1.

[5] Voet, *loc. cit.*, n° 3.

[6] L. ultim., § 14, C., *Ad leg. Falcid.* Novell. 1, cap. 2, § 2. Voet, *De jure delib.*, n° 27. Heineccius, *Instit.*, l. 2, t. XXII, § cit. Pothier, *Pand.*, l. II, loc. *supra cit.*

[7] Furgole, *ch.* 10, sect. 3, n° 28.

[8] *Supra*, n° 1435.

[9] Furgole, *ch.* 7, l. 61, et *ch.* 10, § 28.

SECTION CINQUIÈME.

DU LEGS À TITRE UNIVERSEL.

ARTICLE 1010.

Le legs à titre universel est celui par lequel le testateur lègue une quote-part des biens dont la loi lui permet de disposer, telle qu'une moitié, un tiers, ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeubles ou de tout son mobilier.

Tout autre legs ne forme qu'une disposition à titre particulier.

SOMMAIRE.

1846. Caractère du legs à titre universel.

1847. En quoi il diffère du legs universel. — Renvoi.

1848. Le legs d'usufruit de tous les biens est un legs à titre universel.

1849. Différence entre le legs à titre universel et le legs

particulier. — Exemples.

1850. Sens des mots *meubles, mobilier, biens meubles*, employés dans les testaments.

1851. La question d'étendue du legs est le plus souvent une question de fait.

COMMENTAIRE.

1846. Le legs à titre universel, dont nous avons déjà [1] fait connaître les caractères, diffère du legs universel, en ce qu'il ne peut porter que sur une quote-part des biens dont il est permis au testateur de disposer, comme une moitié, un tiers, un quart, etc..., ou sur une espèce de biens en général, comme tous les immeubles, ou tout le mobilier, ou une quotité de tous les immeubles, ou de tout le mobilier.

Il diffère du legs particulier, comme nous le verrons [2], en ce que celui-ci ne peut porter que sur des biens déterminés.

La difficulté de cette matière consiste donc à savoir distinguer le legs à titre universel soit du legs universel, soit du legs particulier.

1847. En ce qui concerne les différences qui existent entre le legs universel et le legs à titre universel, les principes que nous avons exposés dans le commentaire de l'article 1003, et les exemples que nous avons donnés ont déjà mis sur la voie de la distinction. Nous nous bornons à y renvoyer [3].

1848. Disons cependant un mot d'une question que nous avons laissée à l'écart [4].

Le legs d'usufruit de tous les biens n'est qu'un legs à titre universel. En effet, le légataire d'un tel legs n'a qu'un droit limité à une nature de biens. Comment représenterait-il le défunt *in universum jus*, lui, à qui manque le droit le plus essentiel et qui n'est pas propriétaire? Ce n'est pas sur sa tête qu'est le droit universel. C'est sur la tête du nu propriétaire qui tôt ou tard verra l'usufruit se consolider dans ses mains avec la nue propriété [5].

1849. Venons maintenant aux différences qui se font remarquer entre le legs à titre universel et le legs particulier.

Ce n'est pas lorsqu'il sera question d'un legs de quotité que les difficultés se présenteront sur ce point, mais ce sera dans le cas où le legs portera sur les immeubles, ou sur le mobilier.

Ainsi, l'on s'est demandé si le legs de tous les meubles qui se trouvent dans une maison déterminée [6] ou de tous les meubles et immeubles que le testateur possède dans tel pays [7] sont des legs à titre universel. Bien que ces legs soient conçus en termes généraux, ce ne sont cependant que des legs particuliers [8]; il suffit

[1] Nos 1766 et suiv.

[2] *Infra*, sur l'art. 1014.

[3] Nos 1768, 1788 et suiv.

[4] No 1789.

[5] Cassat., rej., 4 fructidor an xiii (Devill., 2, 1, 153). Cassat., 7 août 1827 (Devill., 8, 1, 662). Cassat. (chambre civile), 28 août 1827 (Devill., 8, 1, 678). *Junge* Proudhon, *Usufruit*, t. 1, n° 475. Duranton,

t. IX, n° 189. Coin-Delisle, n° 11, sur l'article 1003.

[6] Turin, 24 mars 1806 (Devill., 2, 2, 137). Pau, 26 juin 1821 (Devill., 7, 2, 391).

[7] Cassat., rej., arrêt de Caen, 10 juin 1835 (Devill., 36, 1, 45).

[8] *Abu. Vile, néanmoins*, un arrêt de Bruxelles, 8 mai 1816, qui décide que le legs de l'usufruit de la totalité ou d'une quote-part du mobilier forme une disposition

de peser les termes de notre article pour se convaincre que ces sortes de legs ne pourraient rentrer dans la définition du legs à titre universel. En effet, il ne se compose ni d'une quote-part de la succession, ni de la totalité des immeubles, ni de la totalité du mobilier, ni d'une quote-part de la totalité des immeubles ou du mobilier. Ce sont donc des legs particuliers [1].

1850. On sait que, d'après les art. 333 et 338 du Code Napoléon, le mot « meubles » a un sens moins large que le mot « mobilier, » ou l'expression « biens meubles ; » il s'ensuit que, dans tous les cas où le testateur aura employé le mot « meubles » avec le sens restreint que lui donne l'art. 333, le legs sera à titre particulier [2].

Mais il arrive souvent que les testateurs ne parlent pas le langage précis de la loi, et que leur pensée va au delà de leur expression. Il se peut donc que le mot *meubles* se trouve dans le legs avec des circonstances qui feront supposer que le testateur a voulu donner tout son mobilier sans exception. On n'hésitera pas alors à dé-

terminer [3] que le legs est à titre universel, comme, par exemple, quand le testateur a dit : « Je lègue tous les meubles que je possède ou que je laisserai à mon décès. »

Il est évident que par cette formule le testateur a voulu léguer tout son mobilier, et qu'il a fait non pas un legs particulier, mais un legs à titre universel.

Réciproquement le mot « mobilier, » malgré la définition de l'art. 333, peut être employé par le testateur avec une signification restreinte qui n'embrasse pas tous les meubles, et alors le legs n'est plus qu'un legs particulier [4].

1851. C'est ordinairement lorsque le testateur a fait suivre le mot « mobilier » ou les mots « biens meubles » d'une énumération, que se présente la question d'étendue du legs. Tantôt l'énumération peut être considérée comme restrictive, et alors l'étendue du legs se trouve diminuée [5] ; tantôt on la considère, d'après les circonstances, comme simplement énonciative, et alors le legs subsiste avec son caractère de legs à titre universel [6].

ARTICLE 1011.

Les légataires à titre universel seront tenus de demander la délivrance aux héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi ; à leur défaut, aux légataires universels ; et à défaut de ceux-ci, aux héritiers appelés dans l'ordre établi au titre des Successions.

SOMMAIRE.

1852. Le légataire à titre universel est toujours assujéti à la demande en délivrance.
1853. Même envers les successeurs irréguliers.
1854. Même en cas où la succession est vacante.

1855. Le légataire à titre universel n'a droit aux fruits qu'à partir du jour de la demande.
1856. A moins que le testateur n'en ait ordonné autrement.

COMMENTAIRE.

1852. L'obligation de demander la délivrance, qui n'est imposée au légataire universel que lorsqu'il est en concours avec les héritiers à réserve, a une portée bien plus grande à l'é-

gard du légataire à titre universel. Ce dernier n'est jamais saisi. Et soit qu'il ait des héritiers à réserve ou qu'il n'y en ait pas, soit qu'il y ait un héritier testamentaire ou non, il est toujours

à titre universel (*Jurisp. de Belg.*, 1816, t. 310).

Le legs du restant de tous les biens est-il universel ou à titre universel (*Jurisp. de Belg.*, 1817, t. 210 et 217)?

Le legs de la nue propriété de tous les biens du testateur constitue un legs universel.

Le legs de l'usufruit de l'universalité des biens du testateur ne constitue qu'un legs à titre universel (*Jurisp. de Belg.*, 1827, t. 293).

Une disposition testamentaire qui donne au légataire le droit de prendre une part dans un legs constitue un legs particulier. Br., 18 mars 1846 (*Pasic.*, 1846, 2, 282).

[1] Lebrun, *Des successions*, l. 4, ch. 2, sect. 2, n° 44. Clabot, *Successions*, sur l'art. 871. Grenier, n° 288. Coin-Delisle, n° 14, sur l'art. 1003.

[2] Rouen, 21 février 1842 (*Devill.*, 42, 2, 362).

[3] Bruxelles, 9 mars 1813 (*Devill.*, 4, 2, 370). Poitiers, 21 juin 1825 (*Devill.*, 8, 2, 148). Argument d'un arrêt de Rouen du 27 mai 1806 (*Devill.*, 2, 2, 148).

[4] Bordeaux, 23 août 1854. Cassat., rej. du pourvoi, 5 mars 1856 (*Devill.*, 36, 1, 759).

[5] Argument d'un arrêt de Bordeaux du 6 août 1834 (*Devill.*, 35, 2, 61).

[6] Bourges, 9 mai 1848 (*Devill.*, 48, 2, 586).

assujéti à demander la délivrance, et il doit la demander à celui qui est saisi d'après la règle du droit commun sur la dévolution des biens après décès.

1853. Il y a plus : lors même que manquent les successeurs réguliers, et qu'il n'y a que des successeurs irréguliers, c'est encore à eux que le légataire doit demander la délivrance. Ainsi, il devra s'adresser soit à l'enfant naturel, soit au conjoint, soit même à l'État, lorsque ces successeurs sont envoyés en possession.

1854. Que si personne ne se présente ou qu'il n'y ait personne encore en possession, le légataire à titre universel devra alors diriger sa demande en délivrance contre un curateur à la succession vacante [1].

1855. A la question de délivrance se lie naturellement la question des fruits. Examinons donc à partir de quel moment le légataire à titre universel a droit aux fruits. Est-ce du jour de la délivrance, conformément aux principes du droit commun dont l'art. 1014 étend la disposition au légataire particulier ? Ou bien, faut-il lui appliquer le bénéfice accordé par l'article 1003 au légataire universel ?

Cette question est controversée.

Elle nous paraît cependant devoir se résoudre facilement par les raisons que voici :

Dans la rédaction primitive du titre qui nous occupe, les auteurs du Code avaient adopté le système suivi dans les pays de droit coutumier ; ils avaient voulu que tous les légataires sans distinction [2] (art. 85 du projet) fussent tenus de demander la délivrance ; et les fruits ne devaient leur appartenir, toujours d'après les principes du droit coutumier, qu'à partir du jour de la demande. Lorsque la discussion s'engagea au conseil d'État sur cette disposition, les partisans du droit romain, que l'on observait dans les pays de droit écrit, élevèrent la voix en faveur du système qui exemptait les héritiers institués de l'obligation de demander la délivrance. C'est alors que Cambiacères [3] ayant proposé une transaction entre les deux systèmes, il fut décidé qu'une exception à la règle coutumière serait faite en faveur du légataire universel ; que ce dernier, tenu de demander la délivrance, toutes les fois qu'il y aurait un héritier à réserve, en serait dispensé lorsqu'il n'y aurait pas de légitimaire [4]. De là, l'art. 1003 du

Code Napoléon, qui décide que le légataire universel, bien que soumis à demander la délivrance dans le cas qui vient d'être dit, fait les fruits siens du jour de l'ouverture de la succession, à la condition que sa demande sera intentée dans l'année.

Mais puisque cet article ne parle que du légataire universel, puisque c'est seulement en faveur du légataire universel qu'il a dérogé à la pensée primitive du projet, comment serait-il possible d'étendre sa disposition au légataire à titre universel, dont le sort est réglé dans une section différente ? Évidemment, le légataire à titre universel est resté sous l'influence de l'idée originaire qui avait présidé à la rédaction du titre. Il doit d'autant plus en être ainsi que, d'après les principes généraux, les fruits ne sont dus qu'à partir du jour de la demande, et nous verrons ce point de droit proclamé d'une manière spéciale par l'art. 1014, en ce qui concerne le légataire particulier. Il est vrai que le Code a omis de se prononcer, dans la section du *Légataire à titre universel*, sur la question des fruits, tandis qu'il renferme des textes précis à l'égard du légataire particulier et du légataire universel. Mais dans le silence de la loi reste le droit commun qui est contraire au légataire à titre universel. S'il est vrai que le légataire à titre universel soit comparable au légataire universel pour ce qui est de contribuer aux dettes, d'un autre côté, il est assimilé au légataire particulier pour demander la délivrance [5], et c'est de délivrance qu'il s'agit surtout ici. Il ne doit donc pas paraître extraordinaire qu'il subisse les conditions imposées à ce dernier. D'ailleurs, nous le répétons, le droit commun tranche positivement la question. Nous savons que cette opinion est combattue par la plupart des auteurs ; mais elle s'appuie sur un arrêt de la cour de Bourges, du 1^{er} mars 1821 [6], qui nous paraît mériter l'approbation des jurisconsultes.

1856. Tel est donc le principe qui domine la matière : il fléchit cependant toutes les fois que le testateur a exprimé une volonté contraire [7]. Une telle volonté se trouve-t-elle exprimée implicitement, mais nécessairement, dans un legs d'usufruit de la totalité ou d'une quotité des biens ? C'est une question que nous examinerons dans le commentaire de l'article 1013 [8].

[1] Toullier, t. V, n° 550. Duranton, t. IX, n° 209. Coin-Delisle, n° 8, sur l'art. 1011.

[2] Fenet, t. XII, p. 395.

[3] *Supra*, n° 1767.

[4] Fenet, *loc. cit.*

[5] Bigot de Préameneu sur l'art. 85 du projet (Fenet, t. XII, p. 389).

[6] Bourges, 1^{er} mars 1821 (Devill., 6, 2, 373). *Junge* Coin-Delisle, n° 8 et suiv., sur l'art. 1013. Dalloz, *Dirp. entre-vifs et Testam.*, p. 89, n° 12. Marcadé, t. IV, n° 102 et 103.

[7] Argument de l'art. 1015.

[8] *Infra*, n° 1904 et 1912.

ARTICLE 1012.

Le légataire à titre universel sera tenu, comme le légataire universel, des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout.

SOMMAIRE.

1857. De l'assimilation du légataire à titre universel au légataire universel quant au paiement des dettes.

1858. Du partage des dettes entre les héritiers ou colégataires et le légataire à titre universel.

1859. Du calcul à faire pour le partage des dettes, lorsque le légataire à titre universel est légataire

d'une espèce de biens.

1860. Comment contribue au paiement des dettes le légataire de l'universalité de l'usufruit ?

1861. Suite.

1862. De l'action hypothécaire.

1863. Du paiement des legs.

COMMENTAIRE.

1857. Nous ne répéterons pas ce que nous avons dit [1] sur le partage des dettes entre les individus prenant part à la succession et sur la manière dont ils sont tenus vis-à-vis des créanciers. Les principes qui s'appliquent au légataire universel s'appliquent également au légataire à titre universel [2].

Ainsi, à l'égard des créanciers, le légataire à titre universel est tenu personnellement pour sa part et portion, et il est tenu même *ultra vires*, tout aussi bien que le légataire universel en concours avec un légitimaire. Comment pourrait-il en être autrement pour le légataire à titre universel, puisque l'art. 1012, qui le concerne, est conçu dans les mêmes termes que l'art. 1009 qui s'applique au légataire universel en concours avec un réservataire, et lorsque, d'ailleurs, les raisons de décider sont identiques, sauf à garder, dans la mesure des charges, la proportion que le testateur a établie dans l'attribution de ses biens [3]. C'est, du reste, ce que la cour de cassation a reconnu comme constant, dans son arrêt du 13 août 1831, que nous avons cité ci-dessus [4]. Il est vrai que dans l'espèce de cet arrêt, il ne s'agissait que d'un legs universel; mais la cour, voulant embrasser tous les cas, a développé une doctrine plus large que les faits de la cause, et elle a assimilé le légataire à titre universel au légataire universel, quant à l'obligation de payer les dettes *ultra vires*.

1858. Quand il s'agit du partage des dettes entre les héritiers ou colégataires et le légataire à titre universel, on suit une règle différente de

celle qui est suivie à l'égard des créanciers. Le légataire à titre universel est tenu au prorata de son émolument.

Nous avons vu la différence qui existe entre ces deux obligations [5]. Un exemple la fera mieux sentir.

Titius laisse deux frères. Il lègue à Paul le tiers de tous ses biens; mais il le charge de donner 10,000 francs à Caius. Il laisse en mourant 60,000 francs.

La part virile de chacun des frères est du tiers, celle de Paul est également du tiers. Les créanciers de la succession ayant à recouvrer une somme de 9,000 francs pourront contraindre les deux frères héritiers *ab intestat* et Paul, chacun pour 3,000 francs qui est le tiers de leur portion virile.

Cependant, Paul ne doit contribuer aux dettes avec les deux frères, que pour le cinquième de la succession, qui est l'émolument qu'il retire de son legs.

Ainsi, à l'égard des créanciers, il devra répondre pour sa part virile; mais les héritiers devront l'indemniser de tout ce qu'il paye au delà de son émolument. Il aura pour cela un recours contre ces derniers [6].

1859. Quand, au lieu d'une quote-part fixe, le légataire à titre universel est appelé au legs d'une espèce de biens, comme de tous les immeubles, ou de tout le mobilier ou d'une quotité des immeubles ou du mobilier, il faut, pour fixer la part du légataire à titre universel, estimer tous les biens et faire la comparaison de la valeur des immeubles avec celle des meubles;

[1] Nos 1839 et suiv.

[2] Aon. Le légataire de l'usufruit de la totalité ou d'une quote-part du mobilier est tenu des dettes pour sa part et portion. Br., 8 mai 1816 (*Jurisp. de Belg.*, 1816, 1, 310).

[3] No 1844.

[4] No 1840.

[5] No 1840.

[6] Toullier, t. IV, n^o 518 et suiv.

puis on fait une ventilation. Or, comme c'est là une opération gênante, un auteur [1] a pensé que les créanciers n'avaient point à s'en occuper et qu'il leur suffisait d'actionner les héritiers à réserve pour la totalité, sauf le recours de ceux-ci contre les légataires. C'est là une erreur : les héritiers sont tenus personnellement pour leur part et portion virile. Les créanciers ne peuvent les actionner au delà ; seulement, ils ont le droit de provoquer cette ventilation entre les héritiers et les légataires ; mais dans aucun cas ils ne sont dispensés de la division [2].

1860. Nous avons vu que le legs de l'universalité de l'usufruit est un legs à titre universel. Il en résulte que le légataire d'un tel legs devra contribuer au paiement des dettes de la succession [3] : mais comment calculera-t-on cette contribution ?

C'était un point très-controversé dans l'ancienne jurisprudence et qui, suivant Ricard, avait mis à la gêne les auteurs [4]. Mais l'article 612 du Code Napoléon l'a simplifié. « On estime, dit cet article, la valeur du fonds sujet à usufruit. On fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur. Si l'usufruitier veut avancer la somme pour laquelle le fonds doit contribuer, le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit sans aucun intérêt. Si l'usufruitier ne veut pas faire cette avance, le propriétaire a le choix, ou de payer cette somme, et dans ce cas l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit ; ou de faire vendre, jusqu'à due concurrence, une portion des biens soumis à l'usufruit. »

1861. Cette obligation, où se trouve l'usufruitier, d'avancer la somme nécessaire pour

payer les dettes, ou de laisser vendre jusqu'à due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit, ou de payer les intérêts des sommes avancées par le nu propriétaire pour le paiement des dettes, ne saurait être arbitrairement modifiée par les juges, d'après les circonstances de la cause. Et c'est avec raison que la cour de Riom [5] a infirmé un jugement du tribunal de Saint-Flour qui, d'après l'estimation de l'usufruit, avait cru pouvoir fixer à un cinquième le paiement des dettes de la succession à la charge de l'usufruitier. De même, un arrêt de la cour de Bordeaux [6] a infirmé un jugement du tribunal de Libourne qui, vu le grand âge de l'usufruitier, avait pris sur lui de fixer à une somme déterminée la somme à payer dans les dettes par l'usufruitier et de l'affranchir des intérêts des sommes avancées par le nu propriétaire pour le paiement des dettes.

1862. Quant à l'action hypothécaire à laquelle notre article restreint le légataire à titre universel, nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit précédemment [7] sur les droits des créanciers hypothécaires. Il en est du légataire à titre universel comme du légataire universel.

1863. Le légataire à titre universel est tenu non-seulement du paiement des dettes, mais encore du paiement des legs. Les legs, en effet, sont des charges qui grèvent la succession. Il suit de là que le légataire à titre universel en concurrence avec un légataire universel doit contribuer pour sa part et portion au paiement des legs [8]. L'article suivant s'occupe du point de savoir comment le légataire à titre universel doit contribuer au paiement des legs, quand il est en concours avec un héritier à réserve.

ARTICLE 1013.

Lorsque le testateur n'aura disposé que d'une quotité de la portion disponible, et qu'il l'aura fait à titre universel, ce légataire sera tenu d'acquitter les legs particuliers par contribution avec les héritiers naturels.

SOMMAIRE.

1864. De l'acquiescement des legs particuliers par le légataire à titre universel, par contribution avec l'héritier naturel.
1865. Cas dans lequel le légataire à titre universel sera tenu de supporter seul le paiement des legs.

1866. Suite.
1867. Cas dans lequel l'héritier naturel sera seul astreint au paiement des legs.
1868. Conséquences de ces différentes solutions, quant au profit des caducités.

[1] Duranton, t. IX, n° 215 et 214.

[2] Vazeille, n° 5, sur l'art. 1012.

[3] Venuleau, t. 43, D., *De usu et usufr. per legat.*

[4] Ricard, part. 3, n° 1353.

[5] 12 février 1850 (Deville, 9, 2, 398).

[6] 1^{er} mars 1858 (Deville, 38, 2, 236). *Jange Proudhon, De l'usufruit*, t. IV, n° 1894.

[7] N° 1838.

[8] Toullier, t. V, n° 358 in fine. Grenier, n° 320.

COMMENTAIRE.

1864. L'article 1013 soumet le légataire à titre universel à contribuer à l'acquittement des legs particuliers avec l'héritier naturel. On aurait pu penser que l'héritier naturel qui représente le défunt et qui a la saisine de ses biens est chargé de payer les legs avec l'émolument qu'il trouve dans la succession, lorsque cet émolument excède la réserve; mais notre article veut que pour les legs, comme pour les dettes, le légataire à titre universel qui a droit à une portion de l'universalité supporte une contribution.

1865. Toutefois ce principe cesse de recevoir son application dans le cas où le testateur a manifesté une volonté contraire. Ainsi, lorsque le légataire à titre universel, au lieu d'être gratifié d'une quotité de la succession, est gratifié d'une espèce de biens (comme tout le mobilier ou tous les immeubles), et que le testateur a disposé d'un objet compris dans le lot attribué au légataire à titre universel, il est évident qu'il a manifesté l'intention de priver le légataire à titre universel de cet objet et d'annuler son legs au profit du légataire particulier [1].

1866. Cette intention se rencontre-t-elle dans l'espèce suivante? Pierre a légué tout son mobilier à Primus; puis il a fait un legs particulier de 5,000 francs à Secundus. Comme le mot « mobilier, » pris dans son acception légale, embrasse l'argent, on demande si Primus est seul tenu de payer ce legs de 5,000 francs par délibération de son legs à titre universel, ou bien si l'héritier du sang doit y contribuer. Cette question peut dépendre des circonstances. Cependant, en l'examinant à un point de vue général, je ne pense pas qu'on doive la résoudre en faveur de l'héritier du sang qui prétendrait faire retomber sur le légataire à titre universel toute la charge de ce legs particulier. Quand le testateur a légué d'une manière générale une somme de 5,000 fr., ce sont 5,000 fr. à prendre dans sa succession tout entière; ce qui est bien différent du cas où il aurait légué 5,000 francs à

prendre chez tel notaire, ou renfermés dans tel portefeuille. Dans ce dernier cas, le légataire du mobilier devrait évidemment payer seul le legs de 5,000 francs. Mais, dans l'autre hypothèse, c'est la succession tout entière qui doit y contribuer conformément à notre article [2].

1867. De même que l'intention du testateur peut empêcher l'héritier naturel de contribuer aux legs particuliers, de même elle peut faire porter tout le poids des legs sur l'héritier naturel. Supposons que le testateur ait fait un legs à titre universel du mobilier, puis un legs particulier d'un immeuble; ses héritiers naturels ne seront pas fondés à prétendre que le légataire du mobilier doit contribuer au paiement du legs de l'immeuble. La volonté du testateur indique clairement que ce legs de l'immeuble est une charge spécialement imposée à ceux qui recueillent les immeubles dans sa succession [3].

1868. Par une autre conséquence, il devra arriver, selon ces différents cas, que le légataire à titre universel pourra tantôt profiter de la caducité des legs particuliers en tout ou en partie, tantôt n'avoir aucun droit à y prétendre [4].

Si, en effet, il est chargé de payer le legs à lui tout seul, comme dans l'espèce posée au n° 1865, la justice et la raison veulent qu'il profite seul de la caducité du legs qui devait être pris sur sa part. Ce legs ne devant être dans la pensée du testateur qu'une délibération des biens compris dans le legs à titre universel, c'est se conformer à cette même volonté que de le faire rentrer, en cas de caducité, dans l'universalité dont il devait sortir.

Si, au contraire, le legs est tout entier à la charge de l'héritier naturel, il est clair que la caducité ne profite qu'à ce dernier, et point du tout au légataire à titre universel.

Mais, si le legs est de ceux qui doivent se payer par contribution, il va de soi que la caducité du legs profite proportionnellement à ceux qui devaient y contribuer.

[1] *Infra*, n° 1921, 1922.

[2] Delvincourt, t. II, p. 356. Toullier, t. V, n° 559. Vazeille, n° 3, sur l'art. 1013.

[3] Bruxelles, 25 novembre 1811 (Devill., 3, 2, 581).

[4] Toullier, t. V, n° 682.

SECTION SIXIÈME.

DES LEGS PARTICULIERS.

ARTICLE 1014.

Tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause.

Néanmoins le légataire particulier ne pourra se mettre en possession de la chose léguée, ni en prétendre les fruits ou intérêts, qu'à compter du jour de sa demande en délivrance, formée suivant l'ordre établi par l'art. 1011, ou du jour auquel cette délivrance lui aurait été volontairement consentie.

SOMMAIRE.

1869. Du legs particulier.
 1870. Sur quelles choses peut porter un legs particulier.
 1871. Le droit du légataire pur et simple sur la chose léguée commence du jour du décès.
 1872. Principes du droit romain en ce qui concerne l'exécution du legs.
 1873. *Quid* si le legs est à terme ou conditionnel.
 1874. Il n'y a pas lieu, sous le Code, d'adopter la règle du droit romain en ce qui concerne l'exécution des legs d'usufruit et de servitude personnelle.
 1875. Différence entre la propriété et la saisine.
 1876. Les fruits sont-ils dus au légataire du jour du décès du testateur ?
 1877. Suite.
 1878. Cas dans lesquels les fruits sont dus au légataire du jour du décès ;

1879. 1^o Lorsque la réserve a été léguée au réservataire ;
 1880. 2^o Lorsque le legs a été fait pour tenir lieu de dot.
 1881. Le Code n'a point admis l'exception du droit romain quant aux legs faits aux mineurs ou à la cause pie.
 1882. *Quid* des fruits, lorsque l'héritier a dissimulé aux légataires les dispositions qui les concernent et a retardé ainsi la demande en délivrance ?
 1883. Dans le cas du paiement d'une partie du legs, les intérêts pour le surplus courent du jour du paiement.
 1884. Le légataire peut répudier le legs qui lui est fait.
 1885. Ses créanciers pourraient-ils accepter pour lui ?
 1886. Pourraient-ils accepter, même après la répudiation du légataire ?

COMMENTAIRE.

1869. En se reportant aux articles 1003 et 1010 du Code Napoléon et à ce que nous avons dit [1] sur la définition du legs universel et du legs à titre universel, il sera facile de voir ce que c'est qu'un legs à titre particulier.

Dans le droit romain, on ne connaissait que des legs particuliers : il n'y avait de titre universel que celui d'héritier testamentaire ou de successeur *ab intestat* [2]. On a vu que nous nous sommes éloigné de ces principes [3] ; même dans les pays de droit écrit, on considérerait comme titre universel le legs universel et la donation de tous les biens présents et à venir [4].

1870. Le legs particulier peut porter sur un corps certain, sur un droit, une créance, une servitude, etc. *Et quidem corpora legari omnia,*

et jura, et servitutes possunt [5]. Le Digeste, qui est si riche sur la matière des legs, contient des titres spéciaux sur les legs d'usufruit, d'usage et d'habitation, de servitudes, de choses fongibles, d'aliments, de libération, etc... ; nous parlerons de ces différents legs sous les divers articles de cette section qui s'y rapportent [6].

Il est certain qu'on peut léguer toutes les choses qui sont dans le commerce, même les choses qui n'existent pas encore, mais qui existeront dans la suite, comme le vin que je retirerai de ma vigne dans l'année 1856 [7].

On peut léguer des faits, comme lorsque je charge mon héritier de blanchir le mur de la maison afin d'éclairer celle de Pierre qui est située vis-à-vis [8].

[1] *Supra*, nos 1767, 1846.

[2] Furgole, *Comm. sur l'ordonnance des testam.*, p. 15.

[3] *Supra*, no 1792.

[4] Furgole, *loc. cit.*

[5] Ulpianus, l. 41 in principio, D., *De legat.*, 1^o. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 291, no 109.

[6] Art. 1015, 1020, 1022 et notamment les nos 1914 et 1915.

[7] Pomponius, l. 24 in principio, D., *De legat.*, 1^o. Mucianus, l. 9 in principio, D., *De legat.*, 3^o. Modestinus, l. 42, D., *De usuris*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 291, no 110.

[8] Pothier, *Donat. testam.*, ch. 4, art. 1, § 6.

1871. Le droit du légataire pur et simple sur la chose léguée commence au jour du décès du testateur. Dès ce moment, la propriété en est acquise à ce légataire ; il la transmet à ses successeurs et héritiers.

Il n'en a pas toujours été ainsi, et c'est le moment de faire connaître les variations de la législation sur ce point [1].

1872. Dans l'ancien droit romain, les legs purs et simples étaient échus au profit des légataires à compter du décès du testateur [2]. Mais les guerres civiles ayant épuisé le trésor public, Auguste voulant venir au secours des finances de l'État fit rendre les lois Julia et Papia Poppæa, qui organisèrent un système de caducité des libéralités testamentaires et en firent profiter le fisc [3]. Entre autres causes de caducité, ces lois prononcèrent la déchéance des legs toutes les fois que le légataire serait décédé, ou aurait perdu son état avant l'ouverture du testament : et le fisc alors prenait sa place.

Justinien abrogea la législation relative aux caducités et en revint au droit ancien, d'après lequel le legs pur et simple était échu du jour du décès du testateur [4].

Toutefois, il y avait cette circonstance remarquable, que les legs contenus dans un testament étaient subordonnés à l'adition faite par l'héritier. C'est de cette adition que dépendaient les legs ; et lorsque l'héritier répudiait ou décédait avant d'avoir fait adition, tout le testament s'écroulait et les legs ne subsistaient plus. Si l'on avait établi que les legs étaient dus à compter du jour de la mort du testateur, c'était par une fiction qui faisait remonter l'adition au jour de la mort, et qui avait pour but de faire passer ce legs aux héritiers du légataire. Mais c'était toujours avec la condition que l'héritier ferait adition ; sans cela le legs n'eût plus eu d'existence [5].

1873. Dans les principes actuels, il n'en est pas ainsi : l'adition n'est plus nécessaire que pour exclure la répudiation, d'après la maxime : *la mort saisit le vif*. D'ailleurs, la caducité de l'institution ne fait pas tomber les legs : toutes les dispositions d'un testament sont autant de fidéicommiss indépendants les uns des autres, et qui peuvent s'éteindre ou se soutenir isolément.

Mais, en ce qui concerne l'échéance du legs,

on a toujours suivi, en France, le droit rétabli par Justinien, et c'est aussi celui que le Code Napoléon a consacré. Ainsi, quand le legs sera pur et simple, le légataire sera propriétaire de la chose léguée dès le jour du décès, et la transmettra à ses héritiers.

Si le legs est à terme, le légataire en est de même propriétaire à compter du jour de la mort ; mais il ne peut en exiger la délivrance avant l'échéance du terme. *Dies cedit, nundum venit* [6].

Que si le legs est conditionnel, il n'est dû que lorsque la condition est échue, de manière que si le légataire meurt dans le temps qui s'écoule entre le jour de la mort et l'échéance du legs, le legs ne passe pas aux héritiers, soit que la condition soit casuelle, soit qu'elle soit potestative, et quand bien même, dans ce dernier cas, les héritiers du légataire proposeraient de l'accomplir [7].

1874. D'après les principes du droit romain, les legs d'usufruit, de servitude personnelle et autres qui ne passaient pas à l'héritier et qui étaient attachés à la personne des légataires, n'étaient dus qu'à compter du jour de l'adition faite par l'héritier institué. On pensait que la fiction de la loi, dont nous venons de parler tout à l'heure, ne devait pas être étendue à ce genre de legs, par la raison que, dans aucun cas, ils n'étaient transmissibles aux héritiers. On s'en tenait donc au principe rigoureux, que les legs dépendent de l'adition d'hérédité [8].

On voit clairement que, d'après nos règles actuelles, on ne peut adopter ces exceptions, et que notre article s'applique indifféremment à tous les legs quelconques lorsqu'ils sont purs et simples.

1875. Autre chose est la propriété, autre chose est la saisine.

La propriété est acquise au légataire du jour du décès. Mais il n'a pas la saisine de plein droit. Cette saisine n'est dévolue qu'à l'héritier du sang ou au légataire universel. On ne peut donc en priver l'un ou l'autre que par une action en délivrance, dont le but est de procurer au légataire la possession. Voilà pourquoi, malgré le principe que la propriété est acquise au légataire particulier à compter du jour du décès, ce légataire n'en doit pas moins demander

[1] Suprà, n° 1799.

[2] Ulpien, *Fragm.*, l. XXIV, § 21. Pothier, *Pand.*, l. II, p. 327, n° 275.

[3] Pothier, *Pand.*, l. II, p. 348, col. 2 in fine. Heineccius, *ad leg. Jul. et P. Poppæam*, l. 3, c. 1 ad cap. 5, *De caducis*.

[4] L. 1, c. *De caducis*. Cujas sur cette loi, au C., *De caducis tollend.* Heineccius, *loc. cit.*, n° 2.

[5] Pothier, *Pand.*, l. II, p. 328, note a.

[6] L. 21, *Quando dies leg. ced.* Pothier, *Pand.*, l. II, p. 327, n° 274. Voet, *Ad Pand.*, *Quando dies leg. ced.*, n° 2. Voy. suprà, n° 390 et suiv., quand le jour apposé à une condition forme un vrai terme, et quand il ne vaut que comme condition.

[7] Voet, *Quando dies leg. ced.*, n° 3. Suprà, n° 385.

[8] Voet, *loc. cit.*, n° 1. Pothier, *Pand.*, l. II, p. 327, n° 277.

la possession à l'héritier ou au légataire universel saisi par la loi [1]. Si la propriété est acquise du jour du décès, la possession est différée jusqu'à la délivrance volontaire ou forcée que fait l'héritier [2].

1876. Mais, le légataire peut-il prétendre les fruits à compter du jour du décès du testateur, ou bien seulement à compter du jour de la demande en délivrance ?

Nous avons vu que le légataire universel a droit aux fruits, à compter du jour du décès du testateur, pourvu qu'il intente son action contre les héritiers réservataires dans l'année [3].

Mais pour ce qui est du légataire particulier ou même du légataire à titre universel [4], il ne gagne les fruits [5] que du jour de la demande en délivrance, ou du jour de la délivrance volontaire, sauf le cas où le testateur a expressément ordonné qu'il ferait les fruits siens à compter du jour de son décès.

Au premier coup d'œil, on n'aperçoit pas la raison de cette différence. Car, soit qu'il s'agisse du légataire universel, soit qu'il s'agisse du légataire particulier, les principes rigoureux obligent à dire que l'héritier saisi fait les fruits siens tant que le légataire ne demande pas la délivrance ; qu'il jouit de bonne foi, par le motif qu'il n'est pas obligé de savoir si le légataire veut ou non accepter le legs à lui fait ; que dès lors les fruits lui sont dus *pro impensâ et cultura*. Mais on a considéré que le légataire universel succède *in universum jus* et que son titre a une étendue telle qu'il embrasse même les fruits à partir du jour du décès [6]. Cette raison a paru suffisante pour établir une différence entre le legs universel et le legs particulier ou à titre universel. On n'oubliera pas, du reste, que, pour que ce droit ne devienne pas onéreux à l'héritier réservataire, le légataire universel est obligé de faire sa demande en délivrance dans l'année [7].

1877. C'était une question fort controversée entre les anciens auteurs, que de savoir si les fruits de la chose léguée devaient courir du jour

de la mise en demeure, ou du jour de la mort du testateur.

Favre [8] était d'avis que les fruits et intérêts ne devaient courir que depuis la mise en demeure.

Ricard avait embrassé la même opinion [9].

D'autres, au contraire, pensaient que les fruits étaient dus à compter du jour de la mort. C'était le sentiment de Vort [10], qui se fondait sur ce que le légataire était maître de la chose léguée *ex die mortis*.

Pothier, dans ses *Pandectes*, enseignait un tiers avis. C'est que les fruits consommés ne pouvaient être réclamés par le légataire agissant *in rem* par l'action de revendication ; mais qu'il avait droit aux fruits non consommés. Que si, au contraire, le légataire agissait par l'action *ex testamento*, il n'avait droit aux fruits que *ex morâ* [11].

Il est certain que les lois romaines présentaient, sur ce point, des divergences presque inconciliables, comme le dit Merlin [12]. La loi 42, D., *De usuris*, disait que les fruits étaient dus à compter de l'échéance du legs. D'un autre côté, les lois 1 et 2, C., *De usuris et fruct. legat.*, portaient que les intérêts étaient dus au légataire du jour de la contestation en cause. On ne doit pas être surpris des divergences des interprètes qui prenaient pour guide de leur explication des décisions aussi contradictoires.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence adoptée par les parlements favorisait l'opinion de Favre et de Ricard. On jugeait assez uniformément que les fruits d'un legs, même universel, n'étaient dus qu'à compter de la demande en délivrance [13].

Le Code a posé un principe fixe : c'est que les fruits du legs particulier ne courent qu'à compter du jour de la demande en délivrance ou de la remise volontaire faite par l'héritier. Mais, comme nous l'avons vu, il a voulu qu'à l'égard du legs universel, les fruits courent à compter du jour du décès, pourvu que la demande en délivrance eût été intentée dans l'année [14].

[1] *Suprà*, n° 1852.

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, p. 780, alinéa 1.

[3] *Suprà*, n° 1799 et suiv.

[4] *Suprà*, n° 1855.

[5] ... Même les fruits pendants, Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, sect. 5, § 1, n° 34, p. 344.

[6] *Suprà*, n° 1799.

[7] *Suprà*, n° 1801.

[8] « *Usuras aut fructus legatorum à die morte debentur ut verum est; moram vero non prius contractam videri posse quam legatum agnoverit legatarius et petierit.* » *Itaque fructus interim percepti ad heredem pertinent bini, tanquam bonâ fide percepti, licet non ignoraverit legatarius, quod utique legatario nihil petenti offerre non debuit.* ... *Sed hoc est ita accipiendum si non ipsi quoque*

fructus in legato sint, quod plerumque evenit. Sed etiam pro legitimis legatum proponatur, fructus quoque à die mortis deberentur, quoniam legatario, si legitimam peteret, deberentur. » (Favre, C., l. 6, t. XXVI, def. 1.)

[9] *Donations*, part. 2, n° 99 et suiv.

[10] *Ad Pand.*, *De legatis*, n° 48.

[11] Pothier, *Pand.*, t. II, p. 359, n° 535, col. 2.

[12] *Répert.*, v° *Legs*, sect. 4, § 3, n° 27, p. 359.

[13] Arrêt du parlement de Paris, 15 février 1729 (Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, p. 340, col. 2, alinéa 3).

Anc. Il en était ainsi dans la jurisprudence belge, antérieure au Code civil. Br., 29 juin 1815 (*Jurisp. de Belg.*, 1815, 2, 102).

[14] Art. 1005.

1878. Mais toute règle a son exception ; la raison en indique plusieurs à l'art. 1014.

D'abord on en trouvera deux dans l'art. 1013. Nous les développerons sous cet article [1] ; d'autres se présentent encore.

1879. La première a lieu lorsque le testateur a légué à un réservataire la portion réservée. Car cette disposition de l'homme ne peut détruire l'effet de la disposition de la loi qui fait passer la portion réservée au légitimaire, *ex die mortis*, avec tous ses accessoires. Par cela même que cette portion est indisponible et que, d'après la loi, les fruits ne peuvent en appartenir qu'au réservataire *ex die mortis*, le testateur n'a pu rien faire pour changer cet ordre de choses. C'eût été disposer d'une chose indisponible. Telle était la décision portée par tous les jurisconsultes dans le cas du legs de légitime. Favre a donné cette raison décisive : *Legitima debetur ex die mortis, nec moram ullam recepit* [2]. Il doit en être de même sous le Code Napoléon, par une raison d'autant plus forte que le réservataire est saisi de plein droit de la portion réservée.

Mais si le legs excédait la portion réservée, les intérêts du surplus ne seraient dus que du jour de la demande en délivrance [3].

1880. Une deuxième exception a lieu lorsque le legs est fait pour tenir lieu de dot. Alors les fruits et intérêts sont dus, non pas à compter du jour du décès, mais à compter du jour du mariage. L'art. 1518 du Code Napoléon porte, en effet, que les intérêts de la dot courent de plein droit du jour du mariage, contre ceux qui l'ont promise, encore qu'il y ait terme pour le paiement, s'il n'y a stipulation contraire [4].

1881. D'après le droit romain, les intérêts des legs faits aux mineurs ou pour cause pie couraient du jour du décès. Mais ces principes n'ont jamais été suivis en France, comme l'at-

teste Ricard [5]. Nous avons toujours considéré les mineurs et les églises comme soumis au droit commun [6].

1882. Une autre exception a lieu lorsque l'héritier a empêché, par une réticence frauduleuse, que le testament ne vint à la connaissance des légataires. Alors les fruits sont dus à compter du jour de la mort [7].

1883. Lorsque l'héritier a payé volontairement une partie du legs, il doit, pour le restant, les intérêts à partir de cette époque, sans qu'il soit besoin de faire de demande [8]. Les intérêts de l'autre partie courent de plein droit à partir de l'époque de ce paiement. Il y a, de sa part, une reconnaissance et un consentement qui rendent inutile la demande en délivrance [9].

1884. On ne peut jamais être contraint d'accepter un legs ; *beneficium invito non datur*. Le légataire peut donc le répudier s'il le croit onéreux pour lui, et délibérer s'il l'acceptera : car le droit de délibérer n'est pas étranger au légataire [10].

Mais lorsque le légataire n'accepte ni ne répudie, et que le testateur a apposé des charges à sa libéralité, celui qui est intéressé à l'acceptation de ces charges peut se pourvoir en justice pour forcer le légataire à se prononcer [11].

1885. Ses créanciers mêmes pourraient, en ce cas, accepter pour lui. L'article 788 du Code Napoléon, dont on argumente en faveur des créanciers de l'héritier qui, sans faire de renonciation formelle, s'abstient de la succession [12], s'applique aussi bien aux créanciers du légataire qu'aux créanciers de l'héritier. Les motifs sont les mêmes [13]. Il ne saurait, en effet, dépendre de la volonté du légataire et de l'héritier, de priver leurs créanciers de cette augmentation de leur gage, et il n'y a pas lieu de faire ici la distinction admise, en droit romain, pour l'exercice de l'action Paulienne,

[1] *Infra*, n° 1885.

[2] Favre, *loc. cit.*, *défin.* 4, note 1 ; *défin.* 12.

[3] Ricard, *loc. cit.* Merlin, *loc. cit.*

[4] Favre, *loc. cit.*, *défin.* 8. Ricard, *loc. cit.* Merlin, *loc. cit.*

[5] *Loc. cit.*, n° 109 et 110.

[6] Merlin, *loc. cit.*

[7] Merlin, *loc. cit.*, n° 33, p. 343.

Ann. Br., 29 juin 1815 (*Jurisp. de Belg.*, 1815, 2, 102). Br., 12 avril 1817 (*Jurisp. de Belg.*, 1817, 1, 257).

[8] Ulpien, l. 37, D., *Ad S. C. Trebell.*, par argument. Grenier, n° 298. Montpellier, 3 août 1825 (Devill., 8, 2, 124).

[9] Ann. Le légataire qui s'est mis en possession des objets à lui légués, au vu et su des héritiers à qui il aurait dû en demander la délivrance, et sans aucune opposition de leur part, n'est pas, à défaut de cette demande, tenu de restituer les fruits des objets légués.

Br., 27 juillet 1830 (*Jurisp. de Belg.*, 1830, 2, 188).

Des conclusions prises dans une instance peuvent tenir lieu de demande en délivrance. Liège, 18 décembre 1851 (*Pasir.*, 2, 215).

Est invalide le consentement à la perception des fruits donné par les héritiers légitimes sans l'intervention des légataires universels alors en instance avec eux. — *Même arrêt.*

Une demande en délivrance de legs peut être formulée par conclusions incidentes. — *Même arrêt.*

[10] Marcollus, l. 51, D., *De testam. milt.* Marcianus, l. 15, D., *De rebus dubiis*. Voet, *Ad Pand.*, *De jure delib.*, n° 5. Merlin, *Repert.*, v° *Légataire*, § 4, n° 2, p. 770 et 771.

[11] Merlin, *loc. cit.*

[12] Toullier, l. IV, n° 519. Duranton, l. VI, n° 519. Vazeille, n° 1, sur l'art. 788.

[13] Proudhon, l. IV, *De l'usufruit*, n° 2218.

entre celui qui diminue et celui qui refuse d'accroître son patrimoine [1].

Du reste, ce droit existait déjà dans l'ancienne jurisprudence, et nous voyons que l'ordonnance de 1747, sur les substitutions, suppose le cas où les créanciers du légataire grevé ou substitué ont été admis à accepter la disposition faite au profit de leur débiteur [2].

1886. Mais les créanciers pourraient-ils accepter quand le légataire a répudié?

Cette question est semblable à celle qui est décidée par l'art. 2225 du Code Napoléon, relatif au débiteur qui renonce à la prescription [3] et à celle dont s'occupe l'art. 788 du même Code relatif à l'héritier qui renonce à une succession.

Elle se résout par des idées analogues : les créanciers ont donc l'action Paulienne pour faire tomber la renouciation du légataire lorsqu'elle préjudicie à leurs droits.

ARTICLE 1015.

Les intérêts ou fruits de la chose léguée courent au profit du légataire, dès le jour du décès, et sans qu'il ait formé sa demande en justice,

1° Lorsque le testateur aura expressément déclaré sa volonté, à cet égard, dans le testament;

2° Lorsqu'une rente viagère ou une pension aura été léguée à titre d'aliments.

SOMMAIRE.

1887. Autres cas dans lesquels les fruits doivent courir du jour du décès :

1888. 1° Lorsque le testateur l'a expressément ordonné;

1889. 2° Lorsqu'une rente viagère ou une pension a été léguée à titre d'aliments.

1890. Des legs annuels. — Le legs annuel contient plusieurs legs.

1891. Première conséquence.

1892. Deuxième conséquence.

1893. Troisième conséquence.

1894. Cas dans lesquels le legs annuel n'est pas soumis à la condition : *si erit legatarius*.

1895. Différence du legs annuel et du legs de quartiers.

1896. Règles pour apprécier si un legs est ou non annuel.

1897. Du legs d'aliments.

1898. Anomalies dans le legs d'aliments. — Il peut être fait à un incapable.

1899. Ses rapports avec le legs annuel.

1900. L'accroissement n'a pas lieu en matière d'aliments.

1901. Les distinctions du droit romain, quant aux cessations et aux transmissions à l'occasion des legs d'aliments, ne sont pas applicables sous le Code.

1902. Des fruits et intérêts de la rente viagère et de la pension.

1903. Les legs d'aliments sont censés dus au légataire pour toute sa vie.

1904. Du legs d'usufruit.

1905. Difficulté de reconnaître un legs d'usufruit.

1906. *Quid* de la disposition ainsi conçue : « Je donne à l'usufruit de mes biens à Titius, et je veux qu'après ma mort il le rende à Sempromio? »

1907. *Quid* du legs d'usufruit avec défense d'aliéner?

1908. *Quid* du même legs avec pouvoir d'aliéner?

1909. *Quid* de la prohibition d'aliéner quand *in legatario visum*?

1910. Renvoi.

1911. Différence entre le legs d'usufruit et les legs annuels.

1912. Le légataire de l'usufruit n'a droit aux fruits qu'à compter du jour de la demande.

1913. De l'accroissement en matière d'usufruit. — Renvoi.

1914. Des legs d'usage et d'habitation.

1915. Il ne faut pas confondre ces legs avec les legs de servitude.

COMMENTAIRE.

1887. Voici encore deux exceptions à la règle de l'art. 1014 [4].

[1] L. 6, D., *Quæ in fraud. creditorum* :

« ... *Quod autem, cum possit aliquid querere, non id agit ut acquirit, ad hoc editum non pertinet. Pertinet enim editum ad dominantes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt, ut locupletentur.* »

[2] *Ordonnance concernant les substitutions*, t. 1, art. 38 :

« N'entendons néanmoins que la disposition de l'article précédent puisse avoir lieu dans le cas où les créanciers du grevé ou du substitué auraient été admis à accepter la disposition faite à son profit, ou à deman-

der l'ouverture de la substitution, au lieu de leur débiteur, pour jouir pendant sa vie des biens substitués, »

« auquel cas les degrés de substitution seront comptés »

« comme s'il avait recueilli lui-même lesdits biens. »

Voy. *infra*, n° 2249.

[3] Mon *Traité de la Prescription*, n° 100, 101.

[4] *Supra*, n° 1876.

Ann. La disposition de l'art. 1015 est applicable aussi bien aux légataires à titre universel qu'aux légataires à titre particulier. Br., 16 mai 1829 (*Jurisp. de Belg.*, 1829, 2, 179).

compter du jour de son décès. Cette exception a été empruntée à l'ancienne jurisprudence qui, sur ce point, était formelle [1].

1888. Il faut que la volonté du testateur soit expresse. Des conjectures douteuses ne suffiraient pas pour faire prononcer en faveur des légataires. Le mot « expressément », dont se sert l'art. 1013, a une grande énergie. Il ne veut pas dire, cependant, que le testateur doit nécessairement se servir de formules sacramentelles; c'est toujours à la volonté claire et précise qu'il faut s'attacher en cette matière, et non pas à l'empire de la lettre [2]. On a déjà vu dans les art. 919 et 972, que le mot « expressément » n'entraîne pas avec lui l'emploi de formules judiciaires [3].

C'est pourquoi on a généralement trouvé rigoureux un arrêt de la cour de Bourges, du 16 janvier 1821 [4], qui a refusé de voir une exception à la nécessité de demander la délivrance dans une clause ainsi conçue : « Sitôt mon décès, l'exécuteur testamentaire et tous les intéressés à qui je remets mes droits, seront saisis desdits droits dès l'ouverture, exécution et autre connaissance du présent. » Il est vraisemblable, en effet, que le testateur avait voulu exempter les légataires de la nécessité de la délivrance. Néanmoins, il faut faire la part des circonstances particulières qui ont tant d'influence sur l'esprit du juge, et de ces nuances délicates qui échappent si souvent dans les notices d'arrêts.

1889. La deuxième exception dont parle notre article a lieu lorsqu'une rente viagère ou une pension a été léguée à titre d'aliments.

Pour donner des idées complètes sur cette matière, nous allons, avant tout, examiner la nature des legs de rente viagère et d'aliments, et par suite celle des legs annuels en général et des legs d'usufruit, d'usage et d'habitation qui ont avec eux beaucoup d'analogie.

Parlons d'abord des legs annuels.

1890. On appelle legs annuels ceux qui obligent l'héritier à payer annuellement une somme ou une quantité au légataire.

Ils ont cela de particulier qu'ils contiennent implicitement plusieurs legs : *Quum in annos singulos legatur, non unum legatum esse, sed plura constat* [5].

1891. De ce principe, répété dans une foule d'autres lois, résultent trois corollaires.

Le premier corollaire, c'est que pour l'année qui commence le legs est pur et simple, mais que pour les autres il est conditionnel et subordonné à la condition : si le légataire vit [6]. « *Primi quidem anni*, dit Voet [7], *legatum purum est, ac dies ejus statim à morte testatoris cedit...*, *sequentium verò annorum conditionalia*, si vivat legatarius; utpote quo extincto, nihil ultra debetur. »

1892. Le deuxième corollaire, c'est qu'il faut que le légataire soit capable au commencement de chaque année, ou pour mieux dire, qu'il soit capable autant de fois qu'il y a d'années comprises dans le legs.

Et comme le legs annuel est conditionnel pour les années qui suivent la première année, et qu'un legs conditionnel ne passe aux héritiers du légataire qu'autant que la condition se vérifie du vivant du légataire, il s'ensuit que si le légataire vient à décéder avant le commencement de la deuxième année, par exemple, le legs est tout à fait éteint et ne passe pas aux héritiers.

Supposons une disposition ainsi conçue : « Je lègue à Titius une pension annuelle viagère de 60 francs, payable d'avance le 1^{er} janvier de chaque année. » Titius recueille la première année, mais il décède avant le commencement de la deuxième année. La pension s'éteint en sa personne; car n'étant pas capable pour recueillir la deuxième année, et la condition *si vivet* ne s'étant pas réalisée, il ne peut rien transmettre à ses héritiers [8].

Mais admettons que Titius ait vécu le premier jour de la deuxième année, et qu'il soit mort le second : alors, comme il aura été capable au moment de l'échéance du legs pour la deuxième année, il transmettra le legs à son héritier, qui, par conséquent, pourra réclamer le paiement de la somme de 60 francs. Il en serait de même, d'après Voet [9], quand le legs serait un legs de fruits qui ne seraient pas encore nés au moment du décès du légataire.

C'est le commencement de l'année qu'il faut examiner pour savoir si le légataire est capable : *Ut tamen sufficiat, initio cujusque anni, legatarium vivere* [10].

[1] Ricard, part. 2, n° 115.

[2] Arrêt de Bourges du 15 février 1837 (Devill., 38, 2, 74), qui décide que la clause par laquelle le testateur déclare vouloir que les légataires soient saisis de leurs legs dès l'instant où par le fait seul de sa mort, exprime suffisamment son intention de faire courir à leur profit les fruits et intérêts du jour du décès.

[3] Supra, n° 882, 1540, 1551, 1552.

[4] Dev., 22, 2, 33. *Junge, loc. cit.*, n° 16 août 1822.

[5] Ulpien, l. 10, D., *Quand. dies legat. vel fideic. cedat*, Paul, l. 4, D., *De annuis legatis*. Pothier, Pand., l. II, p. 377, n° 1 et 2.

[6] Paul, l. 4, D., *De annuis legatis*.

[7] Ad Pand., *De annuis legatis*, n° 1. Furgote, etc. 6, n° 41.

[8] Paul, l. 4, D., *De annuis legatis*.

[9] Voet, loc. cit.

[10] Grotius, *Man. de la jurispr. hollandaise*, l. 2,

Remarque cependant, dans le cas précité de rente viagère que, si elle n'était pas payable d'avance, le légataire n'acquerrait que le nombre de jours pendant lesquels il aurait vécu; car il est de principe, d'après l'art. 1980, que la rente viagère n'est acquise au créancier que dans la proportion du nombre de jours qu'il a vécu (1).

1893. Le troisième corollaire résultant du principe qu'un legs annuel contient autant de legs qu'il y a d'années, c'est qu'une seule prescription ne suffit pas pour l'éteindre. Il faut autant de prescriptions qu'il y a d'années (3). Cette prescription est de cinq ans (3).

1894. Le legs annuel cesserait d'être soumis à la condition *si vivat legatarius*, s'il était fait « au légataire ou à ses héritiers; » car alors il serait perpétuel et profiterait aux héritiers des héritiers (4). Tel est le cas de la rente perpétuelle.

Il en serait de même s'il était fait à une église, à une commune, à une ville, à ces établissements, en un mot, qui ne meurent jamais (5).

1895. Il faut bien se garder de confondre le legs annuel avec le legs d'une certaine somme dont le paiement est divisé en plusieurs quartiers.

Le premier, comme nous l'avons dit, contient plusieurs legs.

Le deuxième, appelé, chez les Romains, *legatum annuum, bini, tria die praestandum*, parce qu'il était payable à trois quartiers, *tribus pensionibus*, ne constitue qu'un seul et même legs, qui n'a d'échéance qu'une seule fois, et pour lequel il n'est pas nécessaire d'être capable autant de fois qu'il y a de quartiers. Il suffit qu'on le soit au moment de l'ouverture de la succession (6).

1896. Pour distinguer si le legs est annuel, ou s'il ne porte que sur une somme unique, divisible seulement quant aux paiements, Pothier, dans ses *Pandectes* (7), pose deux règles :

La première règle est que le legs doit être présumé annuel, lorsque le nombre des années est indéfini : je lègue telle chose ou telle somme à Titius chaque année ou tous les ans (8).

La deuxième règle est que lorsque le nombre des années est limité, il faut distinguer si le paiement par année a été ordonné dans l'intérêt de l'héritier ou du légataire.

Si le paiement par année a été ordonné dans l'intérêt de l'héritier *exonerandi gratia*, le legs n'est pas annuel.

Si le paiement par année a été ordonné dans l'intérêt du légataire, par exemple, pour lui assurer des aliments, ou pour qu'il n'ait pas à sa disposition une somme d'argent trop forte pour que son caractère dissipateur le portât à dilapider, alors il faut dire que le legs est annuel (9).

1897. Passons au legs d'aliments qui offre beaucoup de ressemblance avec le legs annuel, mais qui cependant en diffère, ainsi que nous le verrons tout à l'heure. La loi 1 au Digeste. *De aliment. vel cibariis legatis*, nous apprend que le mot « aliments » comprend, dans sa signification, non-seulement la nourriture, mais le vestiaire et l'habitation, parce que ces choses sont indispensables à l'homme et constituent ses premiers besoins (10).

Cependant le mot « aliments » se prend souvent dans un sens plus restreint. C'est ainsi que la prohibition de transiger sur les aliments ne s'étend pas à ce qui concerne l'habitation et le vestiaire (11).

Les aliments se règlent, dans le doute, suivant la condition du légataire et autres circonstances : *pro legatarii conditione*, dit Voet, *alisque circumstantiis* (12).

1898. Plusieurs anomalies se font remarquer dans le legs d'aliments.

Ainsi, premièrement, un legs d'aliments peut être fait à un incapable, par exemple à un condamné à une peine perpétuelle, bien que sa condamnation le rende incapable de rece-

cap. 23, n° 22 et 23. Modestienus, l. 5, D., *De annuis legatis*. Alfonsus Varas, l. 22, D., *De annuis legatis*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 378, n° 3. Voet, *loc. cit.*

(1) Voy. mon *Traité de la rente viagère*, art. 1980, n° 328 et suiv.

(2) Voet, *loc. cit.*, n° 5.

(3) Voy. mon *Traité de la prescription*, art. 2277, n° 1093 et 1095.

(4) L. 22, C., *De legatis*. Voet, *loc. cit.*

(5) Modestienus, l. 6, D., *De annuis legatis*.

(6) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 378, n° 9. Voet, *loc. cit.*, n° 9.

(7) *Loc. cit.*

(8) Ulpian, l. 12, § 4, D., *Quand. dies legat. credat.*

(9) Marcianus, l. 20, D., *Quand. dies legat. credat.* C'est

aussi l'avis de Voet, qui s'exprime ainsi (*De annuis legat.*, n° 7) :

« Accidit interim subinde, ut annuum legatum legatario in luxum forte et profusionem prone, non satis « minus an, ac propterea testator ei mensuram quid, ac « hebdomadae, vel etiam diurnum, id est singulis mensibus, aut septimanis, aut diebus praestandum relinquit : « et tunc in his mensuris aut diurnis eodem, quae in « annuis, observanda sunt, ac locum habet. »

Junge Pothier, *Pand.*, t. II, p. 379. Les n° 9, 10, 11, 12 contiennent des nombreux exemples de ces principes.

(10) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 412, n° 3. Voet, *De aliment. legat.*, n° 1.

(11) Ulpian, l. 8, § 12, D., *De transact.*

(12) Voet, *loc. cit.*, n° 2.

voir en général par donation et testament [1].

1899. Une deuxième anomalie, c'est que le legs d'aliments est semblable au legs annuel : il comprend autant de legs partiels qu'il y a d'années pendant lesquelles les aliments sont dus [2]. En général, le legs pécuniaire pour aliments [3] est payable au commencement de chaque année [4] et, en pareil cas, l'année commencée est censée finie. C'est ce que décidaient les jurisconsultes romains, à cause de la grande faveur des legs d'aliments [5], malgré la ressemblance du legs annuel et du legs d'aliments. Voet, cependant, y trouve une différence qu'il exprime ainsi : « Dans le legs annuel, s'il arrive » que le légataire vienne à mourir après le » commencement de l'année, ce qui a été payé » pour cette année entière passe à ses héritiers » qui, à cet égard, ne peuvent être recherchés. » Mais, dans le legs d'aliments, il peut arriver » que ce qui a été payé à ce titre au légataire, » qui est mort postérieurement, soit l'objet » d'une répétition de la part de l'héritier ; par » exemple, l'héritier aura donné à Sempronius, » légataire d'un legs d'aliments, un habit, et » cet habit ne sera pas usé au temps du décès » du légataire. L'héritier pourra le reprendre, » parce que tout ce qui est donné à titre d'ali- » ments n'est donné qu'en considération de la » personne, et que si cette personne vient à » mourir, ce qui lui servait à ce titre devient » inutile. » *dum ad mortuos alimenta non ha- » bent relationem* [6]. — « Il n'en serait pas » toujours de même, ajoute Voet, si le testateur » avait légué une quantité fixe pour servir d'a- » liments : ce serait tout simplement, dans ce » cas, un legs annuel, dont la destination ne » pourrait changer l'essence [7]. »

Quant à nous, cette distinction nous paraît minutieuse et inadmissible. Elle ne s'appuie sur aucun texte positif du droit romain, et nous ne concevons pas pourquoi on serait fondé à enlever à l'héritier du légataire le vêtement que ce dernier aurait porté et dont il serait devenu propriétaire par le paiement qui lui en a été fait.

1900. Enfin une troisième anomalie, c'est

que l'accroissement n'a pas lieu en matière d'aliments [8], comme nous le verrons [9] en commentant l'art. 1044.

1901. Il y avait encore une autre singularité dans les principes de l'ancienne jurisprudence. On ne pouvait transiger sur un legs d'aliments, qu'autant qu'il s'agissait d'aliments échus ; et quant aux aliments futurs, la transaction n'était valable qu'autant que le magistrat intervenait, à moins qu'elle ne fût favorable à l'alimentaire [10].

Ces distinctions ne sont pas applicables sous le Code. Les aliments dus, non pas *jure sanguinis*, mais en vertu d'un testament, peuvent faire l'objet d'une cession [11] ; dès lors ils peuvent être compris aussi dans une transaction [12]. C'est ce que nous avons démontré dans notre *Commentaire des transactions* [13], en établissant que les art. 581 et 1004 du Code de procédure civile ne prouvent point qu'il soit défendu aux parties de transiger volontairement sur les legs d'aliments.

1902. Occupons-nous maintenant, avec la dernière disposition de notre article, des fruits et des intérêts de la rente viagère et de la pension.

Dans l'ancienne jurisprudence, on tenait pour constant que, dans les legs de revenus annuels, ou de pension viagère, les fruits étaient dus à compter du jour du décès ; car, disait-on, dans ce cas, les fruits et intérêts composent toute la chose léguée. Il faut donc décider qu'ils doivent être acquittés à compter de l'échéance du legs. Sans cela, ce serait violer le principe qui fait remonter la propriété du légataire à l'époque où le legs vient à échoir [14].

Cette doctrine ne peut plus être suivie sous le Code. Les fruits et intérêts des rentes viagères, ou des pensions, ne courent que lorsque les choses ont été léguées à titre d'aliments.

Dans tous les autres cas, ils ne sont acquis que du jour de la demande en délivrance.

1903. Terminons ce que nous avons à dire des legs d'aliments, en ajoutant que les aliments sont censés dus au légataire, pour toute sa vie, à moins de dispositions contraires [15].

[1] Pothier, *Pand.*, t. II, p. 412, n° 1. Voet, *loc. cit.*, n° 3. Fargol, *Testam.*, ch. 6, n° 41 ; ch. 6, sect. 2, n° 14 et 25. Code Nap., art. 25 ; et loi du 31 mai 1854, qui abolit la mort civile, art. 3.

[2] Favre, C., l. 8, t. XXX, *definit.* 12. Voet, *loc. cit.*, n° 4.

[3] « ... *Annuum pecuniarum*, » (Modest., l. 6, D., *De ann. leg.*)

[4] Modestinus, l. 5, D., *De annuis legat.* : « ... *Annus decem menses*. » Alfenus, l. 22, D., *De annuis legat.*

[5] Voet, *loc. cit.*, n° 4.

[6] Voet, *De aliment. leg.*, n° 4, et *De agnos. vel aliend. liberis*, n° 19.

[7] Voet, *De alim. leg.*, n° 4. Merlin, *Répert.*, v° *Alimenta*, art. 11, p. 208.

[8] Voet, *De usufr. accrescendo*, n° 3.

[9] *Infra*, n° 2189.

[10] Gordianus, l. 8, C., *De transact.* Ulpian, l. 8, D., *De transact.*

[11] Cassat., 31 mai 1826 (Devill., 8, 1, 351).

[12] Art. 2045 du C. Nap.

[13] N° 97.

[14] Favre, C., l. 6, t. XXXI, *definit.* 1. Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, sect. 4, § 3, n° 30.

[15] Ulpian, l. 14, D., *De alim. leg.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 413, n° 9.

1904. Parlons maintenant du legs d'usufruit qui offre avec les legs annuels et les legs d'aliments de nombreuses analogies.

Une des plus remarquables et qui établit le principal trait d'union entre ce legs et ceux dont s'occupe notre article, c'est que, comme eux, il consiste dans des fruits qui en sont l'élément essentiel.

Il n'est pas toujours facile de distinguer si la disposition contient un legs d'usufruit ou un legs de propriété : c'est pourquoi il est nécessaire de présenter quelques observations pour arriver à en faire la distinction.

Il est inutile de dire au surplus qu'ici, comme dans toute cette matière, il faut s'attacher à rechercher la volonté du testateur.

1905. Les jurisconsultes romains pensaient que, lorsque le testateur avait dit : « Je lègue à Titius le fonds Sempronien, et j'en donne l'usufruit à Mævius, » on devait considérer Titius et Mævius comme appelés concurremment à l'usufruit. Ils en donnaient pour raison que le mot « fonds » comprenait la propriété et la jouissance (1).

Mais Voet (2) traite ce raisonnement de subtilité trop scrupuleuse, et il veut qu'on rejette une pareille interprétation. Il est clair qu'aujourd'hui cette opinion doit être suivie ; s'il est vrai, d'un côté, que dans l'énergie de la langue latine, dont quelques nuances ont dû nous échapper, le mot *fundus* ait pu être interprété dans le sens que lui donnent les jurisconsultes romains, il n'en est pas moins vrai, d'un autre côté, qu'il a chez nous un sens moins large lorsqu'il est joint à une disposition qui a pour objet spécial l'usufruit. Un tel legs ne donnerait donc à Titius que la propriété ; Mævius en aurait l'usufruit.

1906. On demande comment on doit qualifier la disposition suivante :

« Je donne l'usufruit de mes biens à Titius, » et je veux qu'après ma mort il le rende à Sempronius. »

Tous les jurisconsultes anciens s'accordent à dire que c'est par abus que le testateur s'est servi du mot *usufruit* ; car il ne pouvait être d'une ignorance assez supine pour ne pas savoir que l'usufruit s'éteint par la mort. Les auteurs estiment donc que pareille disposition contient le legs de la propriété *cum onere fideicommissi* (3).

Mais cette interprétation est inexacte aujourd'hui.

Les substitutions fideicommissaires sont prescrites par notre législation ; d'où il suit qu'en se tenant au sens que les auteurs donnent à la clause en question, la disposition devrait être annulée comme entachée de substitution. Or, pour ne pas prêter au testateur une inexactitude qui peut lui échapper quelquefois par suite de l'ignorance des lois, si fréquente chez beaucoup de citoyens, on détruirait une disposition qui, autrement interprétée, pourrait produire son effet. Que deviendrait la maxime, *ut magis valeat quam pereat dispositio* (4). Le testateur a donné l'usufruit ; attachons-nous à ce mot qui sauve tout, et ne nous écartons pas de sa signification naturelle. A la vérité, il a fait une chose qu'il ne pouvait pas faire en chargeant l'usufruitier de rendre cet usufruit à un tiers, ou, si l'on veut, de rendre à un autre des biens dont il n'avait pas la propriété. Mais cette charge doit être seulement considérée comme non écrite, et la disposition principale doit subsister. On peut même, suivant le cas, considérer la disposition ci-dessus comme contenant le don de l'usufruit à Titius, et celui de la propriété à Sempronius, et cette seconde interprétation ne répugne nullement à la lettre, et la met d'accord avec la loi.

1907. Voet examine (5) la question de savoir si le legs d'usufruit avec défense d'aliéner est plutôt un legs d'usufruit qu'un legs de la propriété, et il se prononce pour l'opinion que c'est là un véritable legs de la propriété. Car, dit-il, la prohibition d'aliéner ne peut tomber que sur le propriétaire ; c'est une restriction du domaine imposée au légataire. Or, *privatio præsupponit habitum* ; la privation suppose l'avoir, et l'on ne peut diminuer le droit de quelqu'un que lorsque ce quelqu'un a un droit réel.

Si le Code n'avait pas prononcé l'abolition des substitutions, on devrait adopter sans difficulté ce sentiment de Voet ; car il tend à expliquer, par la pensée d'une substitution, une disposition qui, prise à la lettre, a quelque chose de perplexé.

Mais nous pensons que l'abolition des substitutions et l'inconvénient de faire crouler la dernière volonté du testateur conduisent l'esprit à un résultat différent. Nous avons dit ci-des-

[1] Julianus, l. 6, D., *De usufructu rerum quæ usu consumuntur*, Julianus, l. 4, D., *De usufructu accrescendo*. Nodestinus, l. 19, D., *De usu et usufructu*.

[2] Voet, *Ad Pandectas*, *De usufructu*, nos 9 et 13.

[3] Menochius, *De præsumptionibus*, l. 4, pr. 133, no 7. Voet, *Ad Pandectas*, *De usufructu*, no 9. Scævola, l. 13, D., *De*

usu, arg. legat. Scævola, l. 39, D., *De usu et usufructu*.

[4] Voy. les explications données ci-dessus, no 118, sur l'utilité de cette règle pour sauver des dispositions critiquées à titre de substitution.

[5] Voet, *De usufructu et quædam*, no 10.

sus [1] que, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, il faut faire prévaloir l'interprétation qui écarte le fidéicommiss prohibé. C'est le cas d'appliquer cette règle; et nous sommes de l'avis de Faehinée [2] qui pense que la prohibition d'aliéner est ici une clause inutile, ajoutée à une disposition qui la sous-entend, et exprimée surabondamment par le testateur : « *Cautelâ abundante*. » En effet, il est de règle que l'usufruitier ne peut aliéner.

1908. Voet se fait ensuite une autre difficulté. Il demande ce que serait une disposition dans laquelle le testateur aurait légué l'usufruit avec pouvoir d'aliéner, et pour parvenir à la qualification, il distingue si le pouvoir d'aliéner a été donné d'une manière générale et absolue, ou s'il a été donné *arbitratu boni viri* pour suffire à des besoins urgents. Dans le premier cas, il veut que la disposition ne soit autre chose qu'un fidéicommiss de *eo quod supererit*. Car, dit-il, il est certain que le droit d'usufruit n'est pas compatible avec la faculté d'aliéner. Il faut donc, pour mettre d'accord ces deux droits, entendre la clause dans le sens d'un fidéicommiss, de *eo quod supererit*, où l'on voit le grevé, qui, dans les substitutions, n'est en quelque sorte qu'un usufruitier, avoir le droit d'aliéner.

Dans le second cas, Voet veut qu'il y ait don de l'usufruit pour le tout et don de la propriété pour la portion qu'un homme de bien aliénerait pour suffire à ses besoins urgents [3]. Notre auteur appuie son sentiment sur celui de Menochius [4] et de beaucoup d'autres jurisconsultes [5]. Mais doit-il être adopté par la jurisprudence actuelle? Nous y voyons de graves objections; ce n'est pas que, s'il résultait clairement du testament que le don d'usufruit est accompagné de la faculté d'aliéner, *arbitratu boni viri*, pour satisfaire seulement à des besoins urgents, nous ne pensions que la décision de Voet ne dût pas faire autorité; cette décision est, pour ce cas, à l'abri de toute critique. Mais, quant au don d'usufruit avec la permission absolue d'aliéner, il ne pourrait être facilement converti en fidéicommiss de *eo quod supererit*, quoique ce genre de fidéicommiss ne soit pas pros crit par le Code Napoléon [6]. Nous donnons cependant aux conjectures beaucoup moins d'étendue que les interprètes qui ont écrit dans un système de législation qui favorisait outre mesure les sub-

stitutions. Or, que de présomptions n'a-t-il pas fallu accumuler les unes sur les autres pour voir un fidéicommiss de *eo quod supererit* dans la clause dont nous parlons!! Et d'ailleurs à qui rendrait-on les biens qui resteraient? Quel serait l'appelé? La disposition n'en dit pas un mot. Il faudrait encore torturer la volonté du testateur pour résoudre cette nouvelle difficulté. Il nous semble beaucoup plus simple de voir, dans la clause que nous analysons, un don de la propriété résultant de la combinaison des paroles dont s'est servi le testateur. Le don de l'usufruit se trouve corrigé et expliqué par la clause qui suit et qui, en conférant le droit d'aliéner, ajoute aux expressions impropres qui précèdent; et s'il faut nécessairement interpréter la disposition de manière à y voir l'usufruit réuni à la propriété, pourquoi ne ferait-on pas cette réunion d'une manière absolue, au lieu de la limiter arbitrairement aux choses qui viendraient à être aliénées?

1909. *Quid* si le testateur commence par laisser ses biens en général, et qu'il ajoute la prohibition d'aliéner, ou la clause de les posséder pendant sa vie (*quamdiu legatarius vivit*), ou autre semblable?

Voet [7] dit que c'est là un fidéicommiss; mais cette décision, bonne sous une législation qui était favorable aux substitutions, ne doit plus être admise aujourd'hui; nous en avons donné la raison ci-dessus [8]. Plutôt que de faire périr la disposition en y voyant une substitution, il faut la faire valoir en y voyant un don d'usufruit [9].

1910. Il nous paraît inutile de poser d'autres exemples. Ceux qui sont curieux de pousser plus loin leurs investigations pourront en trouver de plus nombreux dans les *Pandectes* de Pothier [10].

1911. Nous disions au n° 1904 que le legs d'usufruit ressemble aux legs de rente viagère et aux legs annuels, en ce que, comme ceux-ci, il a pour principal objet un émoulement qui consiste dans des fruits. Il est un autre point de ressemblance, c'est qu'il s'éteint par la mort du gratifié, comme les legs annuels.

Il en diffère en ce que le legs annuel comprend plusieurs legs, tandis que le legs d'usufruit n'en contient qu'un seul dont l'échéance n'a, par conséquent, lieu qu'une fois.

[1] *Suprà*, n° 117.

[2] *Contrav.*, t. 3, cap. 43 et 44.

[3] Voet, *De usufr.* et *quem.*, n° 11.

[4] Menochius, *De præsumpt.*, lib. 4, pr. 133, n° 4 et seq.

[5] Neostadius, *Curie holl.*, decis. 20. Visellus, *od. l. t. C.*, *De bonis mut.*, p. 3, n° 43. Jacob, *Comm.*,

cons. 15, n° 5 et seq. Carpovius, *Def. for.*, p. 3, co. 13, *defn.* 11. Castillo Sotomayor, *De usufr.*, esp. 30, etc., etc.

[6] *Suprà*, n° 130.

[7] *Loc. cit.*, n° 11.

[8] *Suprà*, n° 117.

[9] *Suprà*, n° 129 et 186.

[10] T. II, p. 380, n° 1.

On peut léguer l'usufruit de tous les biens, ou l'usufruit d'une quote des biens, ou seulement l'usufruit d'un corps certain.

Mais le legs d'usufruit universel a cela de remarquable, ainsi que nous l'avons établi (1), qu'il ne constitue jamais un legs universel; il est et ne peut être qu'un legs à titre universel.

Nous avons vu aussi (2) comment l'usufruitier contribue aux dettes, d'après l'art. 612. Il est inutile de revenir sur ce point.

Quant à l'usufruitier à titre particulier, il n'est tenu des dettes en aucune manière (3), et s'il paye la dette hypothécaire, il a son recours contre le propriétaire (4).

1012. Les analogies que nous venons de signaler nous conduisent à décider que le légataire de l'usufruit n'a droit aux fruits qu'à compter du jour de la demande en délivrance, et que l'on doit lui appliquer, par une extension dont tout indique la nécessité, la règle posée par l'art. 1013. Il serait impossible de concevoir que le légataire d'une rente viagère, qui ne présente pas un caractère alimentaire, fût obligé de faire une demande en délivrance pour faire courir les fruits, et que le légataire d'un usufruit eût droit à ces fruits du jour du décès *ipso jure* et sans aucune demande.

La combinaison de l'article 1013, § 2, avec l'art. 1014, nous paraît écarter tous les doutes; elle nous montre d'une part le principe général, et de l'autre son application à un cas particulier qui a les plus grandes ressemblances avec celui dont nous nous occupons.

Pour soustraire le legs de l'usufruit au droit commun, on argumente de l'art. 604 qui porte que les fruits sont dus à l'usufruitier du moment où l'usufruit a été ouvert. Mais cette disposition n'est pas faite pour modifier l'art. 1014; son but unique a été de faire savoir que le retard de l'usufruitier à donner caution ne le

prive pas de son droit aux fruits de la chose à partir du moment où s'est ouvert son usufruit. Elle doit se concilier avec les cas où, d'après les textes formels, les fruits ne sont dus à l'usufruitier qu'après l'accomplissement de certaines mesures expressément commandées. Pour bien interpréter les lois, il ne faut pas en isoler les articles; il faut les concilier ensemble et les modifier les uns par les autres (5).

1013. Nous parlerons, sous l'art. 1014, du droit d'accroissement en matière de legs d'usufruit (6).

Voyons maintenant le legs d'usage ou d'habitation.

1014. Le legs d'usage ou d'habitation diffère sous beaucoup de rapports du legs d'usufruit. Par exemple, l'usufruit a beaucoup plus d'étendue. Il comprend la jouissance de la totalité des fruits, au lieu que le legs d'usage ne comprend que ce qui est nécessaire pour les besoins personnels du légataire (7). L'usufruitier peut vendre ou céder son droit (8); l'usager n'a pas cette faculté (9).

Malgré ces différences, tout ce que nous avons dit des effets des legs d'usufruit s'applique aux legs d'usage et d'habitation. Et l'usager n'aura droit aux fruits que par la mise en demeure résultant de la demande en délivrance.

1015. Quelquefois un legs d'usage a de la ressemblance avec un legs de servitude; pour en faire la différence, il faut se pénétrer des règles qui séparent l'usage de la servitude. Nous les supposons connues (10).

Modestin demande si l'usage d'un cours d'eau, *usus aquæ*, légué dans un testament, doit être considéré comme un legs d'usage ou de servitude prédielle. Le jurisconsulte romain se décide pour le premier parti et répond : « *Usus aquæ personalis est, et ideo ad hæredem usuarii transmitti non potest* » (11).

(1) *Suprà*, n° 1818.

(2) *Suprà*, n° 1860.

(3) *L. ult., D., De usu et usufr. Pothier, Pand., t. II, p. 381, n° 9.*

(4) Art. 611 du C. Nap.

(5) Bordeaux, 25 avril 1814 (S. Devill., 44, 2, 491). Delvincourt, t. II, p. 580. Duranton, t. IV, p. 520. Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, n° 534. Vazeille, n° 2, sur l'art. 1013. Zachariæ, t. II, p. 10, § 227, note 2. Voy. *contrà*, Bastin, 5 février 1836 (Devill., 36, 2, 247).

Merlin, *Répert.*, vo *Legs*, sect. 4, § 3, n° 30. Toullier, t. III, n° 423. Grenier, n° 305 bis.

(6) *Infra*, n° 3821 (1041).

(7) Art. 630 du C. Nap.

(8) Art. 595 du C. Nap.

(9) Art. 631 du C. Nap.

(10) Voy. Proudhon (*De l'usufruit*, n° 2739 et suiv.), qui a expliqué au long toute cette matière.

(11) *L. 21, D., De usu et usufr. Pothier, Pand., t. II, p. 382, n° 13.*

ARTICLE 1016.

Les frais de la demande en délivrance seront à la charge de la succession, sans néanmoins qu'il puisse en résulter de réduction de la réserve légale.

Les droits d'enregistrement seront dus par le légataire.

Le tout, s'il n'en a été autrement ordonné par le testament.

Chaque legs pourra être enregistré séparément, sans que cet enregistrement puisse profiter à aucun autre qu'au légataire ou à ses ayants cause.

SOMMAIRE.

1916. Les frais de la demande en délivrance sont à la charge de la succession.

1917. Mais seulement les frais absolument nécessaires pour la délivrance.

1918. Le légataire pourrait même être condamné aux dépens, s'il élevait, à l'occasion de la délivrance, une prétention excessive.

1919. Quid des frais d'enregistrement et de mutation?

COMMENTAIRE.

1916. Les frais de la demande en délivrance sont à la charge de la succession; c'est une conséquence de ce principe, qu'en général les frais de paiement sont à la charge du débiteur [1]. Or, les legs étant des charges de la succession, c'est la succession qui en est débitrice, et qui doit, tant que la réserve n'est pas entamée, supporter les frais occasionnés par la demande en délivrance.

Cette disposition tire son origine du droit romain, qui nous en donne un exemple remarquable dans la loi 59 au Dig., *De legat.*, 1^{re}, en décidant que la recberebe d'un esclave légué, qui a pris la fuite après la mort du testateur, doit être faite aux dépens de l'héritier [2]. D'autres lois du Digeste consacrent la même solution [3].

1917. Toutefois, il faut remarquer avec Ricard [4], que les héritiers ne sont tenus de payer que les frais absolument nécessaires pour la délivrance, et Ricard cite, à ce sujet, un arrêt de la grand'chambre, du 17 avril 1584, qui décide qu'un testateur ayant légué la part d'une maison qu'il possédait par indivis, les héritiers n'étaient pas tenus de fournir aux frais de partage que le légataire voulait faire contre les autres copropriétaires.

1918. Bien plus, si le légataire en formant

sa demande en délivrance a élevé une prétention excessive, on pourrait le condamner en tous les dépens [5]. On en comprend les motifs : c'est que le procès ne porte pas sur la demande en délivrance proprement dite, mais sur une prétention déraisonnable dont la demande en délivrance a été le prétexte.

1919. Il n'en est pas des frais d'enregistrement et de mutation comme des frais de délivrance; ils sont à la charge du légataire.

Du reste, chaque legs peut être enregistré séparément. Il résulte de là un avantage évident pour le légataire; car il pourra demander la délivrance de son legs sans faire enregistrer l'entier testament. C'est là une heureuse innovation que Jaubert, dans son rapport au tribunal [6], signalait en ces termes : « Chaque légataire « pourra faire usage du testament, quoiqu'il « n'ait fait enregistrer que son legs. On ne verra « plus un ancien serviteur, qui aura reçu un « legs d'aliments, languir dans la misère par « l'impossibilité de fournir aux frais d'enregistrement du testament entier. »

Le légataire n'est pas même tenu de lever une expédition du testament, il peut obtenir séparément un extrait du testament pour ce qui le concerne [7].

[1] Art. 1248 du C. Nap.

[2] Pothier, *Pand.*, t. II, p. 337, n° 322.

[3] Ulpien, t. 44, § 9, D., *De legat.*, 1^{re}, Afrénuus,

l. 108, D., *De legat.*, 1^{re}, l'oul, l. 8, D., *De legat.*, 2^{re}.

[4] Part. 2, n° 47.

[5] Cassat., 28 février 1826 (Devil., 8, 1, 288).

[6] Fenet, t. XII, p. 610. Loaré, t. XI, p. 473, n° 64 in fine.

[7] Regnaud de Saint-Jean-d'Angely, *Décous.*, au conseil d'Etat (Fenet, t. XII, p. 397. Loaré, t. XI, p. 256).

ARTICLE 1017.

Les héritiers du testateur, ou autres débiteurs d'un legs, seront personnellement tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans la succession.

Ils en seront tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détenteurs.

SOMMAIRE.

1920. Renvoi.

1921. De l'effet de l'action personnelle à laquelle sont soumis les débiteurs d'un legs.

1922. Cas dans lesquels les héritiers sont tenus personnellement *in solidum*.

1925. Suite.

1924. Lorsque, par l'effet du partage, un corps certain ayant fait l'objet d'un legs, tombe au lot de l'un des héritiers, les autres ne sont pas libérés

vis-à-vis du légataire.

1925. *Quid* lorsque la chose léguée a péri par le fait ou la faute de l'un des héritiers?

1926. Le légataire peut arriver en outre à exercer l'action en revendication.

1927. De l'action hypothécaire accordée au légataire

1928. Motif qui a fait introduire cette action.

1929. Droit de demander la séparation des patrimoines.

COMMENTAIRE.

1920. Nous ne répéterons pas ce que nous avons dit [1] sur les actions des légataires pour obtenir le paiement de leurs legs. Nous y renvoyons, en nous bornant à dire ici que les actions accordées aux légataires sont au nombre de trois, à savoir l'action personnelle, l'action réelle et l'action hypothécaire. Ajoutons que, indépendamment de l'hypothèque légale sur les biens de la succession, les légataires ont encore un autre droit, celui de demander la séparation des patrimoines contre les créanciers personnels de l'héritier.

1921. Par l'effet de l'action personnelle, les débiteurs d'un legs particulier sont tenus de l'acquitter pour leur part et portion. Notre article n'est en cela que l'écho de la loi 35 au Dig., *De legatis*, 2^e, ainsi conçue : « *Legatorum pars titio adversus heredes pro partibus hereditarii competitis; nec pro his qui solvendo non sunt, onerari cohæredes oportet* [2]. »

1922. Quoique la règle générale soit que les héritiers ne sont tenus personnellement du paiement d'un legs que pour leur part et portion, il y a cependant des cas où ils sont tenus personnellement *in solidum*, par exemple, lorsque la chose léguée ne reçoit pas de division.

Ainsi, un testateur charge ses deux héritiers de donner un droit de passage à Titius. Comme un droit de passage est une chose indivisible qui ne reçoit pas de parties, chaque

héritier pourra être actionné *in solidum*, de manière que si l'un des deux est insolvable, l'autre sera néanmoins tenu pour le tout [3].

1923. L'action personnelle cesse encore d'être divisible, lorsque, ainsi que nous l'avons vu [4], le testateur, au lieu de grever la succession tout entière du paiement du legs, a exprimé sa volonté que l'un des héritiers ou légataires fût chargé d'acquitter le legs à lui seul, soit en le déclarant expressément, soit en léguant un corps certain compris dans le lot attribué à l'héritier ou légataire d'une espèce de biens. L'héritier ou légataire qui dans ce cas est tenu d'acquitter le legs ne peut avoir de recours contre ses cohéritiers ou colégataires [5].

1924. Mais s'il arrive que ce soit, non plus par la volonté du testateur, mais par l'effet du partage entre les héritiers, que ce corps certain ait été compris dans un lot échu à l'un d'eux, les autres ne seront pas pour cela déchargés du paiement, quand même ils auraient imposé à celui d'entre eux au lot duquel ce corps certain est échu l'obligation d'acquitter le legs; car ayant été tenus une fois de cette dette, ils n'ont pu, par leur fait, se libérer de leur obligation [6].

Toutefois, même dans ce cas, celui dans le lot duquel le corps certain est tombé peut être poursuivi pour le paiement du total et condamné au paiement du total [7]. La raison que rend Dumoulin de cette décision est que, quoi-

[1] N^o 1795 et suiv.

[2] Modestinus, l. 35, D., *De legatis*, 2^e. Pothier, *Pand.*, l. 11, p. 333, n^o 307. Voet, *De legatis*, n^o 46.

[3] Paul, l. ultim., D., *De servit. legat.* Pothier, *Pand.*, l. 11, p. 334, n^o 310. Pothier, *Obligations*,

part. 2, ch. 4, sect. 2, art. 3, § 3, n^o 351.

[4] N^o 1865 et suiv.

[5] Pothier, *loc. cit.*, art. 2, § 2, n^o 302.

[6] Pothier, *loc. cit.*

[7] Art. 1221 du C. Nap.

que l'action qui naît de cette dette soit divisée contre chacun des héritiers du disposant, néanmoins, comme l'exécution du jugement de condamnation, qui est la conséquence de cette action, est *in rem scripta*, elle peut, sauf le recours de celui-ci contre ses cohéritiers, se faire pour le total sur celui d'entre eux qui, par le partage, en est devenu seul possesseur, « *quia* » *quantis actio sit merè personalis, tamen* » *executio iudicati in rem scripta est, et dicitur* » *si non debet impedire vim futuri iudicii,* » *nec executionem in rem, et in ejus possessionem, salvo contrà huiusmodi recursu* [1].

1925. Quoique la chose léguée soit une chose divisible et que les héritiers doivent concourir au paiement de chose pour leur part et portion, néanmoins ce principe doit être modifié lorsque la chose léguée a péri par le fait ou par la faute d'un des héritiers. La raison en est, d'après Dumoulin, que l'obligation principale est divisible à la vérité, mais que l'obligation accessoire *prostandi bonam fidem* qui est jointe, est indivisible. Chacun des héritiers est tenu à cet égard *in solidum, nec enim pro parte diligentia præstari potest* : d'où il suit que celui des héritiers qui y a manqué est tenu pour le total.

A l'égard des autres héritiers qui n'ont concouru par aucun fait ni faute à la perte de la chose léguée, ils sont libérés ; la perte de la chose léguée anéantit le legs lorsqu'elle a lieu *citrà culpam* [2]. L'héritier n'est pas tenu des faits de son cohéritier [3]. La faute de ce dernier est pour lui comme une force majeure qui ne l'oblige pas [4].

1926. Indépendamment de l'action personnelle, le légataire peut avoir encore une action réelle en revendication : c'est lorsque le legs porte sur un corps certain et déterminé, et qu'il confère ainsi au légataire la propriété ou un démembrement de la propriété. Nous avons vu [5] que rien n'empêcherait le légataire d'intenter, contre l'héritier et un tiers détenteur, l'action de revendication pour un corps certain faisant partie du legs, dont l'héritier refuserait de faire la délivrance et qui serait possédé par un tiers.

1927. Quant à l'action hypothécaire, on sait que les biens du testateur sont affectés au paye-

ment des legs par une hypothèque légale qui les grève ; et quoique l'obligation de payer les legs se divise entre les héritiers, néanmoins ils peuvent être poursuivis pour le total de la dette comme possesseurs des biens qui y sont hypothéqués [6].

Ceci ne veut pas dire que, par cela seul que l'hypothèque légale dont il est question affecte tous les biens de la succession, on puisse condamner solidairement les héritiers au paiement du legs.

Il y a une grande différence entre la condamnation solidaire et la condamnation hypothécaire.

Celle-ci est toujours subordonnée à l'alternative « si mieux n'aime délaisser le fonds grevé » d'hypothèque [7].

L'autre, au contraire, est pure et simple [8].

1928. Nous avons dit quel est le motif qui a fait introduire cette hypothèque. Ce n'est pas pour donner aux légataires une préférence sur les créanciers du défunt [9]. Car, dit Voet [10], *nec legata præstanda esse nisi postquam dimissi fuerint defuncti creditores* ; mais c'est seulement pour mettre les légataires à même d'acquiescer un droit de préférence sur les créanciers de l'héritier et assurer par là le paiement des legs et la volonté du défunt : c'est aussi pour établir un droit de suite sur les biens affectés au paiement des legs.

1929. Du reste, bien que cette hypothèque soit une hypothèque légale, elle n'est pas dispensée de l'inscription [11].

Mais les légataires n'ont pas seulement une hypothèque légale sur les biens de la succession ; ils ont encore un droit particulier dont le but est d'écarter les créanciers personnels de l'héritier, droit tout à fait distinct du droit d'hypothèque et improprement qualifié de privilège [12]. C'est le droit qui leur est accordé de demander la séparation des patrimoines (V. l'article 878 et l'art. 2111 du Code Napoléon). Par l'effet de cette demande, les créanciers personnels de l'héritier ne peuvent plus prendre rang avec les légataires sur les biens de la succession.

Cette double garantie, donnée aux légataires, est une preuve de la prévoyance qui a dirigé le

[1] Pothier, *loc. cit.*, n° 302. Dumoulin, *De divid. et indiv.*, p. 2, n° 84.

[2] C. Nap., art. 1042.

[3] Paul, l. 9, D., *De positi vel contrà, Julianus*, l. 10, D., *Depos. vel contrà*.

[4] Pothier, *Oblig.*, *loc. cit.*, n° 305 et 306.

[5] N° 1794. *Junge* cass. 4 avril 1837, Devill., 37, 1, 843. Pothier, *Donat. test.*, ch. V, sect. 3, art. 2, § 1.

[6] N° 1793 et suiv. *Mon Comm. des hypoth.*, t. II, n° 390.

[7] Merlin, *Répert.*, v° *Léget.*, § 6, n° 14, p. 796, col. 2. Voy. *mon Comm. sur les prin. et hypoth.*, n° 390 et 811. Cassat., 7 novembre 1810 (Devill., 3, 1, 237).

[8] *Suprà*, n° 1793, note in fine.

[9] *Infra*, art. 1024, n° 1985.

[10] *Ad Pand.*, l. 20, l. II, n° 27.

[11] *Mon Comm. des privilèges et hypothèques*, t. II, n° 432 *ter*.

[12] *Mon Comm. des privilèges et hypothèques*, t. I, n° 323.

législateur aflu d'assurer de plus en plus les dernières volontés des mourants.

Nous n'entrons, à ce sujet, dans aucun détail : il nous suffit de renvoyer aux art. 878 et

2111 du Code Napoléon et à notre *Commentaire des Hypothèques* [1], où les questions qui naissent de ce droit des légataires ont été examinées et résolues.

ARTICLE 1018.

La chose léguée sera délivrée avec les accessoires nécessaires, et dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du donateur.

SOMMAIRE.

1930. Division de cet article.

1931. La chose léguée doit être livrée avec ses accessoires.

1932. C'est la volonté du testateur qu'il faut suivre quand il y a doute sur le point de savoir si une chose est ou non l'accessoire d'une autre.

1933. Renvoi quant à l'étendue d'un legs de meubles.

1934. C'est dans l'état où elle se trouve au jour du décès que la chose léguée doit être livrée. — Conséquence quant aux détériorations.

1935. *Quid* dans le cas du legs d'un troupeau ?

COMMENTAIRE.

1930. Cet article pose deux règles : la première, c'est que la chose léguée doit être délivrée avec les accessoires nécessaires qui y sont annexés au moment du décès du testateur ; la deuxième, c'est qu'elle doit être délivrée dans l'état de bonne conservation ou de détérioration où elle se trouve au jour du décès du testateur.

1931. La chose léguée peut être comparée à la chose vendue : comme celle-ci, elle doit être livrée avec ses accessoires [2] ; et par accessoires, il faut entendre tout ce qui s'unit naturellement ou artificiellement à la chose [3], tout ce qui la suit et y adhère, de manière à ne faire avec elle qu'un tout. Sur ce point, on trouvera dans notre *Commentaire de la vente* des détails dont on pourra s'aider ici [4].

Le droit romain offre également des textes nombreux qui attestent le soin avec lequel les juriconsultes éclairaient leurs théories par une pratique attentive [5].

On voit que c'est le moment du décès que l'on doit considérer pour fixer l'importance de la chose. Peu importe que ce soit par des acces-

sions postérieures au testament que le testateur ait augmenté la valeur de l'objet légué ; car l'accessoire suit le principal et ne doit pas être d'une autre condition. Les adjonctions faites à la chose léguée depuis le testament ne doivent rester étrangères au légataire que lorsqu'elles ont une existence par elles-mêmes, et qu'elles peuvent subsister séparément et sans l'objet légué [6].

1932. Malgré les dispositions du Code Napoléon sur le droit d'accession, il peut cependant y avoir doute, dans quelques cas, pour reconnaître si une chose doit suivre comme accessoire l'objet principal ; il faut rechercher alors, dans la volonté du testateur, quelle est l'étendue qu'il a voulu donner à son legs. On interroge sa pensée, on pèse ses expressions, et l'on consulte les usages des lieux, s'il y en a [7].

1933. Nous avons déjà fait l'application de ces principes, en examinant quelle est l'étendue qu'il faut donner à un legs de meubles [8], selon les clauses et les termes dont s'est servi le testateur. On a vu que, quelles que soient les

[1] T. I, nos 323 et suiv.

[2] Art. 536 du C. Nap.

[3] Art. 546 du C. Nap.

[4] No 323.

[5] Ainsi la loi 2, § 2, au Dig., *Si servitus vindicetur*, cite l'exemple suivant : « Si mediæ loci usufructus legatus sit, iter quoque sequi. » (Ulpien, l. 17 ad Edictum.)
Junge Instit., *De legatis*, § 19. l'opien, l. 52, § ultim., D., *De legat.*, 3^o. Javolenus, l. 100, § 3, D., *De legat.*, 3^o. Scaevola, l. 102, § 3, D., *De legat.*, 3^o. Marcellus, l. 13, § 1, D., *De usu et usufr. leg.* Ulpien, l. 44, § ultim., D., *De legat.*, 1^o. Proculus, l. 15, D., *De tritico. vin. vel. ol. legat.* Vide etiam, D., liti. *De inst. vel. inst.*

legato. Consulter les *Pandectes* de Pothier, t. II, p. 338, nos 329 et s. Mantica, *De conjunct. ult. volunt.*, l. 9, t. II. Voet, *De legatis*, nos 48 et suiv., et *De action. empti et venditi*, nos 4 et suiv. Ricard, part. 2, nos 124 et suiv.

[6] Art. 1019. *Infrà*, no 1936.

[7] Marcellus, l. 69, § 1, D., *De legat.*, 3^o. Paul, l. 18, § 5, D., *De inst. vel. inst. leg.* Domat, *Lois civiles*, l. 4, t. II, sect. 4, no 3. Voy. un arrêt de la cour de Paris, du 12 avril 1833 (Devill., 33, 2, 306), qui décide que le legs d'un fonds de commerce a pu comprendre les droits, créances et recouvrements en dépendant.

[8] Nos 1850 et suiv.

règles contenues dans les art. 535 et suivants, elles doivent fléchir toutes les fois que l'intention du testateur paraît contraire.

1934. Arrivons au second point décidé par notre article. De ce que la chose léguée doit être livrée dans l'état où elle se trouve au temps du décès du testateur, il s'ensuit que les détériorations qui l'ont frappée à cette époque doivent être supportées par le légataire.

Mais si, postérieurement à l'ouverture de la succession, la chose léguée éprouve des détériorations, il y aura lieu alors de distinguer.

Un premier cas se présente, c'est lorsque la détérioration est arrivée par suite d'une force majeure. C'est tant pis alors pour le légataire : *Res perit domino* [1].

Un deuxième cas a lieu lorsque, l'héritier étant nuis en demeure, la chose a été détériorée, même par force majeure. Alors, si cette détérioration ne fût pas arrivée de la même manière entre les mains du légataire, l'héritier en est responsable. C'est le cas d'appliquer la maxime : *rem post moram factam perire moratori*. Mais si l'événement fortuit fut arrivé entre les mains du légataire comme entre les mains de l'héritier, alors ce dernier, quoique mis en demeure, n'est pas tenu de la force majeure [2].

Enfin, un troisième cas peut encore avoir lieu, c'est lorsque, avant la demande en délivrance,

la chose léguée a été détériorée par la faute de l'héritier qui en était détenteur.

Nous ne répéterons pas, à ce sujet, tout ce que nous avons dit sur la théorie des fautes et sur le système du Code : nous nous bornons à renvoyer, sur ce point, à nos précédents *Commentaires de la vente* [3] et du *louage* [4]. Il en est de l'héritier comme du vendeur et du preneur, c'est-à-dire qu'il est tenu de tous les soins d'un bon père de famille dans la conservation de la chose.

Parmi les causes de perte de la chose léguée, il y en a deux que nous devons signaler ici : l'incendie et le vol.

La question de savoir dans quel cas l'héritier en est responsable se trouve résolue par les observations que nous avons développées dans nos *Commentaires de la vente* [5] et du *louage* [6].

1935. Une autre conséquence de la règle posée par notre article, que la chose doit être délivrée dans l'état où elle se trouve au jour du décès, c'est que, pour déterminer l'importance du legs, il faut considérer le temps du décès et non celui du testament : par exemple, le legs d'un troupeau comprend les animaux qui font partie de ce troupeau au temps du décès, quand bien même il aurait été augmenté par des acquisitions, ou diminué par des pertes postérieurement au testament [7].

ARTICLE 1019.

Lorsque celui qui a légué la propriété d'un immeuble l'a ensuite augmenté par des acquisitions, ces acquisitions, fussent-elles contiguës, ne seront pas censées, sans une nouvelle disposition, faire partie du legs.

Il en sera autrement des embellissements, ou des constructions nouvelles faites sur le fonds légué, ou d'un enclos dont le testateur aurait augmenté l'enceinte.

SOMMAIRE.

1936. Des augmentations qui ne sont pas considérées comme accessoires de la chose léguée.
1937. Principe posé par le Code lorsque le testateur augmente par des acquisitions l'immeuble légué.
1938. Du cas où le testateur a légué tous ses biens immeubles situés dans telle ville.

1939. Un tel legs doit se restreindre aux choses possédées au temps du testament.
1940. Il en est différemment des embellissements ou des constructions sur le fonds légué.
1941. Qu'il de l'augmentation d'enceinte d'un enclos.

COMMENTAIRE.

1936. Cet article qui, à vrai dire, ne concerne qu'un cas particulier, est fondé sur une

règle générale, à savoir que le legs ne comprend que les accessoires nécessaires qui existent au

[1] Voy., sur la force majeure, ce que nous avons écrit dans notre *Comment. du louage*, n° 204 et suiv., et dans notre *Comment. de la vente*, n° 360 et suiv.

[2] Voy. *Comment. de la vente*, n° 403.

[3] N° 361 et suiv.

[4] N° 343.

[5] N° 402.

[6] N° 222.

[7] Ulpian, l. 21, D., *De legat.*, 1°. Pothier, *Pand.*, l. II, p. 535 et 536, n° 316.

temps du décès [1], mais qu'il ne comprend pas les annexes qui peuvent subsister indépendamment de la chose léguée [2].

Pour bien comprendre cette règle, il faut se rappeler que si la chose léguée doit être délivrée au légataire dans l'état où elle se trouve au temps du décès, même avec les augmentations qui ont pu survenir depuis l'époque du testament et qui font partie intégrante de la chose, il en est autrement quand les choses ajoutées par le testateur à la chose léguée depuis le testament ne font pas partie intégrante de cette chose et subsistent par elles-mêmes. Dans ce dernier cas, ces annexes restent en dehors du legs; elles ne sont pas censées avoir été comprises par le testateur dans une disposition faite avant ce nouvel arrangement; car les paroles *per proventus tempus*, dont s'est servi le testateur, ne s'étendent pas au futur [3] et n'embrassent que le présent.

Cette distinction concilie beaucoup de lois du Digeste qui, au premier coup d'œil, paraissent opposées entre elles, et qui ont embarrassé les interprètes [4]. Elle est très-simple, comme on le voit, et il ne peut y avoir d'embarras que sur la question de savoir si l'augmentation survenue depuis le testament est ou non un véritable accessoire [5].

1937. A cet égard, le Code s'est occupé d'un cas qui n'était pas sans difficulté, c'est celui où le testateur a augmenté par des acquisitions l'immeuble légué.

Dans l'ancienne jurisprudence, on faisait dépendre la décision de ce point de l'appréciation des circonstances [6], et surtout des inductions qui pouvaient résulter de la manière dont le testateur avait possédé la chose depuis son testament. Si, par exemple, le testateur [7] avait possédé séparément la chose nouvellement acquise, le légataire du fonds principal ne pouvait pas y prétendre. Mais s'il l'avait ajoutée à l'immeuble et possédée comme une de ses dépendances, on décidait que c'était là une annexe qui devait profiter au légataire, à peu près comme un atterrissement ou une alluvion.

Le Code a voulu prévenir tous les embarras en décidant que lorsque celui qui a légué la

propriété d'un immeuble l'a ensuite augmenté par des acquisitions, ces acquisitions, fussent-elles contiguës, ne seront pas censées, sans une nouvelle disposition, faire partie du legs. Ces acquisitions ont, en effet, comme immeubles, une existence indépendante de la chose léguée. Il faut une disposition spéciale pour qu'on puisse les regarder comme faisant partie du legs.

1938. Cette règle de notre article a même été appliquée par la jurisprudence dans un cas où le testateur avait légué tous ses biens immeubles situés dans telle ville.

Bazerque avait légué à sa fille de service les immeubles situés dans la ville de Tarbes, en se servant de cette formule : « les immeubles que je possède dans la ville de Tarbes. » A l'époque de la confection du testament, Bazerque ne possédait à Tarbes qu'une moitié de maison; plus tard il s'est rendu acquéreur de l'autre moitié. Après son décès, sa légataire ayant soutenu qu'elle avait droit à la totalité de la maison, sa prétention a été repoussée par arrêt de la cour de Pau, du 20 juin 1824 [8]. La cour a considéré que le legs à elle fait par le testateur n'était qu'un legs particulier [9], et que, d'après les expressions dont s'était servi le testateur [10] (expressions que l'arrêt fortifiait par le rapprochement d'autres clauses du testament), Bazerque n'avait voulu léguer d'une manière précise que ce dont il était en possession au moment où il testait. Enfin, la cour appuie sa décision en droit sur ce que, d'après notre article, la chose acquise depuis le testament et ajoutée à l'immeuble légué n'est censée donnée au légataire que lorsque le testateur en a positivement exprimé l'intention.

1939. On remarquera que cet arrêt décide, d'après les circonstances de la cause, que le legs des immeubles situés dans tel lieu ne comprend pas les immeubles achetés dans le même lieu après le testament. On peut aller plus loin et dire qu'en général, et à moins d'une volonté contraire, un tel legs doit se restreindre aux choses possédées au temps du testament [11].

Cette décision découle de la combinaison de notre article avec l'article précédent. D'après notre article, le testateur est censé n'avoir voulu

[1] Art. 1018 du C. Nap.

[2] *Supra*, n° 1931 et suiv.

[3] Scævola, l. 35, § 1, D., *De legat.*, 2°. Scævola, l. 28, § 2, D., *De liber. legat.* Paul, l. 7, D., *De auro.*

[4] Pomponius, l. 24, § 2, D., *De legat.*, 1°. Javolenus, l. 10, D., *De legat.*, 2°. Scævola, l. 28, § 6, D., *De lib. legat.* Scævola, l. 31, § 4, D., *De lib. legat.* Celsus, l. 20, D., *De legat.*, 2°. Javolenus, l. 32, D., *De legat.*, 2°. Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, sect. 4, § 3, n° 16, p. 334.

[5] N° 1932 et suiv.

[6] Arrêt d'Aix du 21 octobre 1570 (Duperrier). —

Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, section 4, § 3, n° 16, p. 334.

[7] Pomponius, l. 24, § 2, D., *De legat.*, 1°. Javolenus, l. 10, D., *De legat.*, 2°. — (Duperrier), arrêt du parlement de Provence, du 22 mars 1580. — (Brillou), arrêt du parlement de Paris, du 5 juin 1709. Voy. Merlin, *Répert.*, v° *Legs*, p. 334.

[8] Devill., 7, 2, 591.

[9] *Supra*, n° 1849.

[10] *Supra*, n° 1956. Voy. les lois citées en note sur la sens des paroles *per proventus tempus*.

[11] Cassat., 10 juin 1835 (Devill., 1836, 1, 45).

léguer, dans un legs particulier, que ce qu'il possédait au moment du testament, à moins qu'il ne se soit servi de paroles ayant trait au futur [1]. D'un autre côté, d'après l'art. 1018, ce n'est que lorsqu'il s'agit d'un accessoire nécessaire n'ayant pas d'existence distincte qu'il faut avoir égard à l'état de la chose au moment du décès.

1940. La règle de l'art. 1010 fléchit dans le cas où des embellissements, ou des constructions nouvelles ont été faites sur le fonds légué. Ces choses sont un accessoire qui suit partout le principal, et le legs *plenius restituitur fideicommissario*, pour me servir des expressions de Pomponius [2].

C'est ce que décidait Javolenus dans la loi suivante : « *Si area legatar, post testamentum factum, ædificium impositum est : utrumque debebitur, et solum et superficies* » [3].

Ulpien donne la même solution : « *1° Si area legatar domus imposita sit : debebitur legata-*

rio, nisi testator mutarit voluntatem [4]. »

On remarquera ces dernières paroles : *Nisi testator mutarit voluntatem* : elles prouvent que ce n'est que par suite d'une volonté certaine, exprimée depuis le testament, que l'effet légal de l'accession et de l'incorporation (art. 552, C. N.) ne doit pas avoir lieu.

Il se peut aussi que du testament même il résulte la preuve que le testateur n'a voulu léguer que le sol nu, sans les constructions qu'il projetait lors de sa disposition dernière : on consultera les clauses du testament [5] ; mais dans le doute on s'en tiendra aux règles de l'accession et au texte de notre article fortifié par l'article 552 du Code Napoléon [6].

1941. Quand la chose léguée est un enclos et que le testateur en a augmenté l'enceinte, il est clair qu'il a voulu rendre le legs plus considérable ; car un enclos est une chose qui comprend dans une limite précise ce qui s'y trouve renfermé [7].

ARTICLE 1020.

Si, avant le testament ou depuis, la chose léguée a été hypothéquée pour une dette de la succession, ou même pour la dette d'un tiers, ou si elle est grevée d'un usufruit, celui qui doit acquitter le legs n'est point tenu de la dégager, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du testateur.

SOMMAIRE.

1942. Division de cet article.

1943. Lorsque la chose léguée se trouve grevée d'une hypothèque, le légataire ne peut forcer l'héritier à dégager la chose.

1944. Il en était différemment en droit romain.

1945. Le légataire doit pareillement supporter l'usufruit qui grève la chose léguée.

1946. Il doit de même supporter la servitude.

COMMENTAIRE.

1942. Notre article s'occupe du cas où la chose léguée a été grevée par le testateur, avant ou après son testament, d'une hypothèque ou d'un usufruit, et il décide que ces charges suivent l'immeuble dans les mains du légataire, d'après la règle que la chose doit être délivrée dans l'état où elle se trouve au jour du décès du testateur [8].

Quelques observations sont nécessaires pour

faire bien comprendre le véritable sens de cet article et les conséquences qu'il doit avoir par rapport au légataire et à l'héritier tenu de délivrer le legs.

Parlons d'abord de l'hypothèque :

1943. La dette de la succession pour laquelle la chose léguée se trouve hypothéquée n'est pas une dette personnelle du légataire, ainsi que nous le verrons par l'art. 1024 ; elle

[1] Lois citées *suprà*, n° 1734. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 311, n° 93, *De legatis*.

[2] L. 16, D., *De legat.*, 3°.

[3] L. 39, D., *De legat.*, 2°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 336, n° 316.

[4] L. 44, § 4, D., *De legat.*, 1°. Junge sur cette même question, quant à l'étendue de l'hypothèque : L. 21, D., *De pign. act.* L. 10, § 1, D., *De pign. et hyp.*

Voy. mon *Comment. des privilèges et hypothèques*, t. II, n° 399.

[5] Duranton, t. IX, n° 267.

[6] Contrà, Vazeille, n° 6, sur l'art. 1019. Poujol, n° 4, sur l'art. 1019.

[7] Voy., sur la défection de l'enclos, la loi du 6 octobre 1791, art. 4, art. 6.

[8] Art. 1018 du C. Nap.

repose sur la tête de l'héritier qui y est personnellement obligé, et c'est celui-ci qui est tenu d'en effectuer le paiement. Mais il est possible que l'échéance de cette dette ne soit pas arrivée par l'effet d'un terme plus ou moins long. En ce cas, le légataire n'a pas le droit d'exiger que l'héritier dégage la chose au moment où il la lui délivrera. Il doit supporter la charge de l'hypothèque jusqu'à ce que le droit du créancier se soit ouvert : auquel cas, si ce dernier agit hypothécairement contre lui, il peut user du bénéfice de l'art. 874 du Code Napoléon, pour obliger l'héritier, débiteur personnel, à prendre son fait et cause, ou bien exercer un recours contre lui dans le cas où il a payé à sa place.

Lors même que la dette est exigible, s'il arrive que le créancier n'agisse pas pour être payé (ce qui peut avoir lieu quelquefois dans le cas d'une liquidation difficile et contestée), le légataire n'est pas fondé à contraindre l'héritier au dégageement de la chose : il doit, dans ce cas, comme dans le précédent, attendre l'action du créancier. Supposons, par exemple, qu'un mari lègue une maison sur laquelle s'étend l'hypothèque légale de sa femme : il vient à mourir et la liquidation se prolonge par suite de débats entre sa veuve et son héritier ; le légataire se montrerait trop impatient et trop difficile s'il voulait que l'héritier libérât sur-le-champ l'immeuble légué de l'hypothèque de la femme. Il sera temps pour lui d'élever la voix quand il sera pressé par l'action hypothécaire, et il lui suffira d'avoir tous ses droits intacts et réservés par l'art. 874 [1].

Telle est la disposition précise de notre article.

1044. Il n'en était pas de même en droit romain [2].

Les jurisconsultes pensaient que le testateur avait voulu être libéral sans restriction, et que, puisqu'il avait préféré le légataire à l'héritier, il fallait en conclure que le second devait éviter au premier les inquiétudes et les embarras

d'une action hypothécaire. Ils décident, en conséquence, que la chose doit être délivrée au légataire libre et purgée. Mais c'était peut-être exagérer la volonté du testateur. Notre article n'a pas cru devoir aller aussi loin, et il exige que le testateur explique, par une disposition spéciale, que son intention est que l'héritier dégage la chose : sinon, le légataire doit supporter comme tiers détenteur la charge de l'hypothèque.

1045. Notre article prévoit un second cas : c'est celui où le testateur, avant ou après le testament, a grevé d'un usufruit la chose léguée. Le légataire doit supporter cet usufruit, qui est une diminution de son legs et une charge réelle qui suit la chose dans ses mains. Le testateur qui aurait pu aliéner la chose et par là anéantir le legs [3], a pu, à plus forte raison, en diminuer l'émolument par l'imposition d'un usufruit, et le légataire n'a aucun recours contre l'héritier pour s'en faire dégrever ou indemniser [4].

Sur ce point, comme sur le précédent, les lois romaines venaient au secours du légataire [5], et elles voulaient que l'héritier rachetât l'usufruit. Mais cette décision qui faisait beaucoup de doute dans l'ancienne jurisprudence française [6], a été repoussée avec raison par notre article.

D'une part, il n'est pas toujours facile d'opérer le rachat d'un usufruit ; d'un autre côté, il est évident que le testateur n'a pas entendu, à moins d'une disposition expresse, que ce rachat serait une obligation imposée à son héritier.

1046. Notre article ne s'occupe pas du cas de servitude. Mais ce qu'il décide de l'usufruit s'applique *à fortiori* à la servitude établie sur la chose léguée. Le droit romain [7] et l'ancienne jurisprudence le décidaient ainsi. Les droits de servitude, dit Pothier, n'empêchent pas que le légataire ne soit véritablement introduit *in eam rei possessionem* [8].

[1] Art. 1024 du C. Nap. *Infra*, n° 1988.

[2] Paul, *Sentent.*, l. 3, lit. 6. *De legat.*, § 8. Paul, l. 85, D., *De legat.*, 2°. Ulpian, l. 57, D., *De legat.*, 1°. Alexander, l. 6, C., *De fideicom.* Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 3, art. 1, § 4. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 354, n° 312.

[3] Pomponius, l. 24, § 3, D., *De legat.*, 1°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 356, n° 317.

[4] Voy. art. 611, C. Nap., combiné avec notre article.

[5] Marcellus, l. 26, D., *De legat.*, 2°. Papinien, l. 66, § 6, D., *De legat.*, 2°. Papinien, l. 76, § 2, D., *De legat.*, 2°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 354, n° 312, 313.

[6] Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 3, art. 1, n° 4. [7] Papinien, l. 66, § 6, et l. 76, § 2, D., *De legat.*, 2°.

[8] Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 3, art. 1, § 4.

ARTICLE 1021.

Lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas.

SOMMAIRE.

1947. Du legs de la chose d'autrui en droit romain.
1948. Du legs de la chose d'autrui sous le Code.
1949. Le legs de la chose commune est pour partie legs de la chose d'autrui.
1950. Exception dans le cas prévu par l'art. 1425 du Code Napoléon.
1951. En dehors de cette exception, le testateur est ré-

puté avoir eu l'intention de ne donner que sa part.
1952. Effets du partage sur le legs de la chose commune.
1953. *Quid* lorsque le partage a pour résultat de faire passer la chose dans le lot de l'autre commun-
nisme.

COMMENTAIRE.

1947. D'après les dispositions du droit romain, le testateur pouvait léguer non-seulement ce qui lui appartenait, mais encore ce qui appartenait à son héritier ou à toute autre personne [1].

La disposition d'une chose appartenant à l'héritier était bonne et efficace, soit que le testateur connût que les biens appartenaient à l'héritier, soit qu'il pensât qu'ils appartenaient à lui testateur [2]. L'héritier était alors obligé d'en faire délivrance au légataire.

Le testateur pouvait aussi léguer la chose d'autrui : dans ce cas, l'héritier était obligé d'acheter la chose léguée, s'il le pouvait facilement ; sinon il devait en payer la juste estimation [3].

Mais, pour que le legs de la chose d'autrui fût bon et que l'héritier fût obligé de la racheter ou d'en payer la valeur, il fallait que la chose léguée fût dans le commerce [4].

Il fallait encore que le testateur sût que la chose léguée ne lui appartenait pas, parce qu' alors on voyait qu'il avait voulu charger son héritier d'en payer l'estimation ou de la racheter.

Que si le testateur avait cru que la chose fût sienne, le legs ne valait pas ; il était censé avoir été fait par erreur. La loi en donnait cette raison qu'on était bien plus porté à donner sa propre chose, qu'à grever sa succession de l'achat de

la chose d'autrui ; qu'il fallait, par conséquent, que l'intention contraire résultât clairement de la circonstance que le testateur savait que la chose ne lui appartenait pas [5].

Toutefois, si le legs de la chose d'autrui était fait *proximo vel conjuncto personæ*, le legs valait, quoique le testateur fût dans la croyance que la chose lui appartenait [6]. La loi 33, D., *De procurat.*, explique ce qu'on doit entendre par personnes conjointes [7].

On ne pouvait pas léguer au légataire une chose qui lui appartenait, lors de la confection du testament ; car *quod meum est, meum amplius fieri non potest*.

Mais si la chose qui ne lui appartenait pas lors du testament était devenue sa propriété à la mort du testateur, on distinguait s'il l'avait acquise à titre gratuit ou à titre onéreux. Au premier cas, le legs était inutile ; au second cas, le légataire pouvait en demander la valeur, parce qu'il n'était pas censé avoir la chose dont il avait la valeur, *quia videtur res ei abesse, cum pretium abest* [8].

1949. Notre Code a suivi d'autres principes. Le legs de la chose d'autrui est nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas.

Par chose d'autrui on doit entendre sans difficulté la chose de l'héritier [9].

[1] *Calus, comm.* 2, § 202. *Ulpian, Reg.*, l. 24, § 8. *Instit.*, *De legat.*, § 4.

[2] *Papinien*, l. 67, § 8, D., *De legat.*, 2°. *Pothier, Pand.*, l. II, p. 294, n° 126.

[3] *Calus, comm.* 2, § 202. *Instit.*, *De legat.*, § 4. *Celsus*, l. 30, § ultim., D., *De legat.*, 2°. *Pothier, Pand.*, l. II, p. 294, n° 126, et p. 360, n° 341.

[4] *Instit.*, *De legat.*, § 4. *Ulpian, Reg.*, l. 24, § 9.

[5] *Papinien*, l. 67, § 8, D., *De legat.*, 2°. *Scævola*, l. 36, D., *De usu et usufr. legat.* *Pothier, Pand.*, l. II, p. 294, n° 123 et 126.

[6] *Imp. Alexand.*, l. 10, C., *De legat.* *Pothier,*

Pand., loc. cit., n° 123.

[7] *Junge Fargole*, ch. 7, sect. 1, n° 31. *Menochius*, l. 4, *Præsumpt.*, 116, 117, 118. *Barbeyrac sur Puffendorf*, *Droit de la nature et des gens*, l. 3, ch. 7, § 10, n° 7. *Merlin, Répert.*, vo *Legs*, sect. 3, § 3, p. 312.

[8] *Instit.*, *De legat.*, § 6. *Ulpian*, l. 24, § 2, *De legat.*, 1°. *Papinien*, l. 66, § 1, *De legat.*, 2°.

[9] *Cassat.*, rej., 19 mars 1822 (*Duvill.*, 7, 1, 41). *Bruxelles*, 17 octobre 1821 (*Merlin, Répert.*, vo *Legs*, Add., sect. 3, § 3, n° 4).

Au surplus, la nullité du legs de la chose d'autrui ne s'étend pas à ce qui appartient à l'héritier chargé de pa-

Cependant la disposition de la chose d'autrui serait valable, si elle était faite par forme de charge ou de condition. Par exemple, je donne à Titius l'universalité de mes biens, s'il donne à Sempronius le domaine de Coucy : cette disposition est valable ; c'est une charge comme une autre, et l'héritier est censé s'y être soumis (1). Il ne pourrait profiter de la libéralité sans remplir la charge : *non debet circumveniri testantium voluntas* (2).

1949. La chose commune est chose d'autrui pour partie, tellement que l'associé qui l'enlève commet un acte punissable (3). Il suit de là que le legs d'une telle chose ne vaut que pour la part afférente au testateur ; il est nul pour le surplus. Il faut même remarquer que, dans le droit romain qui autorisait le legs de la chose d'autrui, on tenait pour constant que legs de la chose commune n'était censé s'étendre qu'à la part dont le testateur était propriétaire (4).

1950. On trouve une modification à cette règle dans l'art. 1423 du Code Napoléon, qui fait valoir pour le tout le legs d'un effet de la communauté fait par le mari. Bien que ce dernier n'ait qu'une moitié dans la communauté et dans tous les objets qui la composent, la loi veut cependant que la disposition qu'il a faite d'un de ces objets en faveur d'un légataire subsiste pour le tout. Nous avons donné ailleurs l'explication de ce point de droit (5), qui n'est qu'une dérogation au droit commun. Le mari, bien que partiaire dans la communauté, en est cependant, en différents points, seigneur et maître. On ne peut donc pas dire absolument qu'il a disposé de la chose d'autrui ; il a pu supposer, d'ailleurs, que sa femme renoncerait à la communauté ; enfin, il a pu espérer que, par l'effet du partage, la chose tomberait en totalité dans son lot. En conséquence, l'art. 1423 décide deux choses : la première, que si la prévision du mari se réalise, en ce sens que la chose léguée tombe dans son lot par l'effet du partage, cette chose doit être délivrée en totalité au légataire. La deuxième, que, si elle vient à échoir à la femme, le légataire a droit à être récompensé de la totalité par les héritiers du mari.

1951. Delvincourt (6) a pensé que cette disposition de l'article 1423 s'étend à tous les cas où le testateur, étant copropriétaire d'une universalité, dispose d'un des objets qui en font partie. Comme, par exemple, si Pierre est copropriétaire pour moitié d'une succession et qu'il lègue à François une maison qui en dépend. Mais c'est là donner à l'art. 1423 une portée qu'il n'a pas. Dans l'espèce posée par Delvincourt, on ne peut pas dire du testateur qu'il est seigneur et maître, comme il est permis de le dire du mari. Le mari est, dans le droit, la seule personne civile dont l'autorité soit si pleine et si étendue sur des choses communes. En dehors de lui, le testateur est toujours censé n'avoir voulu léguer que sa part, et le legs ne vaut que pour sa portion afférente (7). Cette différence a été touchée avec beaucoup de justesse dans un arrêt de la cour de Metz du 30 mars 1816 (8).

C'est aussi parce que le testateur a eu l'intention de ne donner que sa part, que l'on doit maintenir la disposition suivante : Primus étant copropriétaire d'un mobilier indivis qui garnit la maison qu'il habite, lègue à Secundus le mobilier de sa chambre, qu'il s'est accoutumé à considérer comme sien propre par l'usage qu'il en a eu. Il est à remarquer que ce mobilier n'excède pas la part du testateur dans la totalité du mobilier commun qui garnit la maison. Dans cette circonstance, on ne décidera pas que le legs du mobilier de la chambre ne vaut que pour la moitié de ce mobilier ; il est valable pour le tout ; car telle a été évidemment la volonté du testateur. Vainement dirait-on qu'il y a là legs de la chose d'autrui. Il faut répondre, au contraire, que le testateur n'a pas entendu excéder les limites de son droit propre, puisque ce qu'il a légué est d'une valeur inférieure à ce qui lui reviendra en définitive par l'effet du partage ; il a fait par la pensée une imputation de la chose léguée sur sa part à retirer, et cette imputation si naturelle empêche qu'on ne puisse voir dans la libéralité la violation du principe consacré par notre article (9).

Il en est de même dans le cas où Primus

reille prestation, Bruxelles, cass., 4 janv. 1817 (*Jurisp. de Belg.*, 1817, 1, 38). — Jugé en sens contraire le 17 oct. 1821 (*Jurisp. de Belg.*, 1821, 2, 257). Bruxelles, 23 fév. 1850 (*Jurisp. du XIX^e s.*, 1850, 3, 129). Br., 14 juillet 1841 (*Jurisp. de Belg.*, 1842, 331).

(1) Turin, 26 août 1806 (Devill., 2, 2, 168). Bastia, 3 février 1836 (Devill., 36, 2, 247). Cassat., 29 mars 1857 (Devill., 37, 1, 686).

(2) Ulpien, l. 92, D., *De cond. et demonstr.* Furgole, ch. 7, sect. 1, n° 38. Voet, *Ad Pand., De legat.*, n° 26.

(3) Ulpien, l. 45, D., *De furtis*. Ulpien, l. 45, D., *Pro socio*. Ulpien, l. 51, D., *Pro socio*. Cassat., 5 no-

vembre 1808 (Merlin, *Répert.*, v° Vol, sect. 2, § 4, art. 2, n° 4, p. 819).

(4) Paul, l. 5, § 1 et 2, *De legat.* 1°. Voet, *Ad Pand., De legat.*, n° 24. Vinnius, *Quest. select.*, 3, 26. Mon Commentaire sur le contrat de mariage, n° 912.

(5) Mon Commentaire sur le contrat de mariage, n° 909 et suiv.

(6) T. II, p. 359. Junge Duranton, t. IX, n° 249.

(7) Coin-Delisle, n° 15, sur l'art. 1021.

(8) Devill., 6, 2, 115.

(9) Rouen, 25 janvier 1808 (*Journal du Palais*, 6, p. 460. Devill., 2, 2, 33).

lègue à Secundus le second étage d'une maison indivise, étage qui lui servait spécialement de demeure et qui, du reste, ne représente pas la valeur de la part afférente à Primus dans la maison. Pourquoi ne considérerait-on pas cet étage comme une fraction à prendre dans la portion afférente à Primus? Pourquoi hésiterait-on à faire une imputation conforme à la volonté du testateur et qui ne blesse les droits de personne [1]?

1952. Il faut voir maintenant les effets du partage sur le legs de la chose commune : ou ce partage a lieu du vivant du testateur, ou il a lieu après son décès.

Dans le premier cas, supposons que Pierre lègue à François la moitié d'un moulin et la moitié d'une métairie qui lui appartiennent par indivis. Après le testament, mais avant le décès du testateur, il se fait un partage, et le testateur devient propriétaire de la totalité de la métairie et perd tous ses droits sur le moulin. On demande si, dans ce cas, le légataire pourra prétendre à la totalité de la métairie, par la raison que la deuxième moitié de la métairie est l'équivalent du moulin dont il se trouve privé. Il faut répondre qu'il n'y sera pas fondé. D'un côté, le legs de la moitié du moulin est caduc comme legs de la chose d'autrui, et de l'autre, le légataire ne peut avoir plus de droit sur la métairie qu'il ne lui en a été légué [2]. C'est ici le cas d'appliquer l'art. 1020, d'après lequel la chose acquise depuis le testament et ajoutée à l'immeuble légué n'est point censée donnée au légataire [3].

1953. Dans le dernier cas, c'est-à-dire

lorsque le partage a lieu après le décès du testateur, il se présente une hypothèse qui mérite attention. C'est celle où le partage a pour résultat de faire passer la chose dans le lot de l'autre communiste. En pareil cas, le légataire ne doit pas perdre le bénéfice de son legs; car il en a été saisi au moment du décès du testateur, et le partage ne saurait le lui enlever. Supposons qu'une maison indivise lui ait été léguée : il en fait le partage avec son copropriétaire, au moyen d'une licitation qui a pour résultat de rendre ce dernier adjudicataire. S'il n'a pas la chose, il trouve dans le prix l'équivalent de la moitié qui lui avait été léguée.

Ou bien, supposons que la maison dans laquelle une part lui a été léguée fasse partie d'une succession indivise, et que ce soit avec les héritiers du défunt que se fasse le partage; l'attribution de cette maison à un tiers, par l'effet de ce partage, aura pour conséquence de lui donner le droit de se faire indemniser par les héritiers du défunt : sans quoi ces derniers s'enrichiraient à ses dépens, lorsque au contraire le testateur a voulu le préférer à ces mêmes héritiers [4].

On peut ici invoquer comme argument l'article 1423 du Code Napoléon. Il y a cependant cette différence entre le cas prévu par l'article 1423 et le nôtre, que le légataire, à qui le mari a légué un effet de la communauté, a récompense pour la totalité, tandis que, d'après le droit commun, la récompense est limitée à la part que le testateur avait dans la chose.

Nous avons expliqué ci-dessus la raison de cette différence [5].

ARTICLE 1022.

Lorsque le legs sera d'une chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner de la meilleure qualité, et il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise.

SOMMAIRE.

1954. Division.

1955. Du legs d'une chose indéterminée en droit romain.

1956. De la loi 7, *De testat.*, au Digeste.

1957. Pourquoi, dans le legs d'une chose indéterminée, le choix d'une chose appartenait-il au créancier, tandis qu'en matière de contrat, le choix appartenait au débiteur.

1958. L'héritier ne peut offrir au légataire une chose de

la plus mauvaise qualité, ni être forcé à en donner une de la meilleure.

1959. Cas où le legs d'une chose indéterminée deviendrait un legs d'option.

1960. Du legs d'option.

1961. De l'option conférée à un tiers.

1962. Difficulté lorsque, dans un legs d'option, le testateur n'a pas déterminé les choses à choisir.

[1] Metz, 30 mars 1816 (Devill., 6, 2, 115).

[2] Cassat., rej. de Poitiers, 28 février 1836 (Devill., 6, 1, 409). *Infra*, n° 2077.

[3] *Supra*, n° 1958.

[4] Rouen, 25 janvier 1808 (Journal du Palais, VI,

p. 460, Devill., 9, 2, 33). Metz, 30 mars 1816 (Devill., 6, 2, 115).

[5] N° 1930. *Junge* Colin-Delisle, loc. cit. Merlin, *Répert.*, v° Legs, t. XVI, p. 607.

1963. Le legs d'option donne au légataire le droit de choisir la chose de la meilleure qualité.
 1964. *Quid si plures res daretur legatarius legatum perire.*
 1965. De l'étendue du droit du légataire d'option.
 1966. Du délai dans lequel doit s'exercer le legs d'option. — *Quid en cas de désaccord entre les*

ayants droit du légataire.

1967. Du legs alternatif.

1968. A qui, dans ce legs, appartient le droit de choisir.

1969. Le choix ne peut porter que sur l'une ou l'autre des deux choses légues. — *Quid en cas de perte de l'une des deux choses.*

COMMENTAIRE.

1954. Notre article s'occupe du legs d'une chose indéterminée. Et comme ce genre de legs a de nombreux rapports avec le legs d'option et le legs alternatif auxquels les rédacteurs du Digeste ont consacré un titre spécial, nous examinerons ces espèces de legs en même temps que le legs de la chose indéterminée.

1955. Le legs d'une chose indéterminée s'appelait à Rome legs de genre, *legatum generis*, dénomination que nous pouvons aussi lui donner aujourd'hui (1).

Je lègue à Titius un cheval, une maison, un pré, ou un de mes chevaux, une de mes maisons, un de mes prés.

Il est clair que la disposition, quoique portant sur un objet indéterminé, doit avoir *certam finitionem*, comme disent les interprètes ; car, sans cela, elle serait pour ainsi dire, dérisoire (2). Ainsi, ce serait un legs inutile que la disposition par laquelle un testateur, en l'absence de toute circonstance de nature à préciser explicitement ou implicitement les limites de la libéralité, dirait : « Je lègue à Titius du vin ou du blé. » Ce don peut être, en effet, réduit à des bornes tellement étroites, qu'il devient chimérique ; l'héritier qui en est chargé pour l'acquitter avec une goutte de vin et quelques grains de blé.

1956. Il ne faut pas considérer comme contraire à cette opinion la loi suivante au Digeste 7, *De tritico* (3). « Un testateur avait ordonné à l'héritier institué de donner à la femme de lui testateur, *vinum, oleum, frumentum, acetum*, etc... Trébatius pensait que ce legs ne comprenait que ce que l'héritier voudrait donner ; car la quantité n'était pas fixée. Mais « Ofilus, Cascellius et Tuberon voulurent que l'héritier fût condamné à payer tout le vin, l'huile, le froment, le vinaigre, etc., que le testateur avait laissés à son décès. » Javolenus, qui rapporte ce fait, dit que Labéon approuvait l'avis de ces derniers.

Cette opinion a été suivie par les commentateurs du droit romain (4), et elle s'explique par le génie de la langue latine et par le sens précis qu'elle permet de donner aux expressions vagues dont s'est servi le testateur. Mais, parmi nous, il serait difficile de donner un effet aussi étendu à la disposition par laquelle le testateur léguerait du blé, en général, sans déterminer la quantité. « Du blé » ne veut pas dire « tout le blé que je laisse. » C'est, au contraire, une expression restrictive. Si donc des circonstances accessoires ne viennent pas au secours de la volonté du testateur, je penserais que le legs devrait être regardé comme inutile, n'ayant pas *certam finitionem*. C'est par une interprétation bénigne de la volonté du testateur (interprétation non repoussée par le tour grammatical de la phrase latine), que les Jurisconsultes romains se sont décidés en majorité pour la solution contenue dans la loi dont il s'agit. Car dans les contrats où la volonté s'interprète plus strictement, ils s'accordent à dire que la stipulation de donner du blé est inutile (5). Mais, nous le répétons, la langue française répugne à une telle extension.

Au surplus, il se rencontrera fréquemment dans le testament des circonstances à l'aide desquelles le juge pourra reconnaître quelles ont pu être les bornes du legs dans la pensée du testateur. Si, par exemple, il imposait à son héritier l'obligation de donner du blé à un parent, ou à un serviteur pauvre et âgé, il serait naturel de croire que le disposant a voulu léguer à cette personne une quantité annuelle de blé nécessaire pour lui donner du pain, *arbitrio boni viri*.

1957. Lorsqu'un testateur fait un legs d'une chose indéterminée, comme, par exemple, quand il dit : « Je lègue à Titius un de mes quatre chevaux, » le choix appartient à l'héritier.

Il n'en était pas de même en droit romain, et d'après la législation de Justinien, le choix ap-

(1) Voet, *Ad Pand., De opt. legat.*, n° 6.

(2) Paul, *Sentent.*, l. 3, *De legat.*, § 15, Ulpico, l. 71, D., *De legat.*, l. 6, Pothier, *Pand.*, l. 11, p. 389, n° 15, Voet, *Ad Pand., De tritico*, n° 3.

(3) Javolenus, l. 2, *Ex posterioribus Labeanis*.

(4) Voet, *De tritico*, n° 2. Mantica, *De conject. ultim.*

colunt., l. 3, l. 11, n° 25 ; « ... Item si frumentum in-
 « defuit legatum sit intelligitur de eo quod mortis tem-
 « pore reperitur, dummodo non sit reale, ut ait Baldus
 « in rubrica Codicis De verborum signific., n° 4. »

(5) Marcellus, l. 94, D., *De verb. obligat.*

partenait au légataire, si le testateur n'en avait ordonné autrement [1].

On s'est demandé pourquoi le droit romain n'appliquait pas au legs la même règle qu'aux contrats; pourquoi dans ce dernier cas le choix appartenait au débiteur, tandis qu'en matière de legs le choix était au créancier, c'est-à-dire au légataire.

La raison en est, d'après Voet [2], que dans les contrats la personne seulement est obligée, que la chose n'est affectée en rien, à moins de stipulation contraire. Mais dans le legs, d'après le droit nouveau, la chose léguée est tellement affectée au légataire qu'il peut la réclamer par l'action réelle. Or, pour exercer l'action réelle, il faut nécessairement qu'il désigne la chose qui doit en faire l'objet. Voilà pourquoi Justinien a donné au légataire la faculté du choix.

Mais cette explication est-elle bien convaincante? Merlin [3] l'approuve pleinement, et l'on ne peut s'empêcher de convenir qu'elle présente le moyen le plus spécieux de légitimer la législation que les Romains nous ont léguée sur ce point. Cependant elle ne satisfait pas tout à fait l'esprit. En effet, l'action de vendication ne peut être exercée pour toutes sortes de legs: elle n'a pas lieu pour les legs de fait, de créances, de quantités [4]. Comment, néanmoins, accorder l'explication de Voet avec des espèces de legs qui répugnent à l'action vendicatoire? D'ailleurs, quel mal y aurait-il à ce que le légataire prit le choix de l'héritier, c'est-à-dire du débiteur, avant d'exercer son action réelle, lorsqu'elle peut avoir lieu? Ce n'est donc pas sans motif que de graves juriscultes, critiquant les dispositions du droit romain, ont pensé que c'était par un caprice purement arbitraire qu'il avait été dérogé aux principes des contrats sur le choix des choses alternatives. La raison veut que dans le doute on favorise le débiteur: *heredi parendum*. Le Code Napoléon s'est montré plus conséquent; et, en remettant à l'héritier l'option qui autrefois appartenait au légataire, il s'est conformé aux principes du droit commun, d'après lesquels le doute s'interprète toujours en faveur du débiteur [5].

1958. Toutefois, l'héritier ne pourrait offrir au légataire d'une chose indéterminée un objet de la plus mauvaise qualité, de même qu'il ne

saurait être obligé à en donner une de la meilleure.

Le droit romain, en accordant dans ce cas au légataire le droit de choisir, avait déjà consacré cette règle: « *id esse observandum ne optimus nec pessimus accipitur* (6). »

1959. Mais si, par une disposition spéciale, le testateur enlevait le choix à l'héritier en déclarant qu'il le donne au légataire, celui-ci pourrait-il exiger une chose de la meilleure qualité? Ce ne serait plus là alors un legs de chose indéterminée, mais un véritable legs d'option. Avant de résoudre cette question, il importe d'examiner la nature et le caractère du legs d'option.

1960. Le legs d'option ou d'élection paraît avoir été fréquemment employé dans les testaments des Romains, et l'on trouve dans le Digeste un titre assez long sur cette matière [7].

Ce legs a lieu, lorsque le testateur donne au légataire le droit de choisir une ou plusieurs choses qu'il lui laisse, comme, par exemple: « Je lègue à Titius les objets qu'il choisira. »

Il diffère du legs de genre, en ce que dans ce dernier legs l'option est sous-entendue, tandis que dans le legs d'option elle est formellement exprimée [8].

1961. L'option peut être conférée à un tiers, comme quand je dis: « Je lègue à Titius les chevaux que Séius choisira. »

D'après les lois des Pandectes, ce legs était considéré comme étant soumis à la condition: *si optaverit*; il n'était dû, par conséquent, que du jour où le gratifié avait fait son choix, ou du jour où le tiers auquel le testateur avait confié l'élection s'était prononcé. De là on concluait que la faculté de choisir ne passait pas à l'héritier du légataire, si ce dernier venait à décéder avant d'avoir choisi.

Justinien [9] ne voulut plus que ce legs fût regardé comme conditionnel; il décida qu'il serait dû à compter de la mort du testateur et que le droit de choisir passerait à l'héritier du légataire, si ce dernier était vivant lors de l'ouverture de la succession. Et pour le cas où, le choix étant remis à un tiers, ce tiers viendrait à mourir avant d'avoir choisi, il ordonna que le legs ne fût point caduc, et que le légataire eût le droit de faire connaître son choix, pourvu

[1] « *Electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.* » (Inst., De legat., § 22.) Voet, De opt. legat., n° 2. Manica, De conject. ult. vol., 9, § 27.

[2] Loc. cit., n° 6.

[3] Répert., v° Option, § 1, p. 824.

[4] Voet, Ad Pand., De legat., n° 39.

[5] Art. 1162, 1190, 1246 du C. Nap.

[6] Ulpien, l. 37 proam., D., De legat., l°. Afrinia,

l. 110, D., De legat., l°. Pothier, Pand., l. II, p. 389, n° 18. Voet, De opt. legat., n° 6.

[7] « ... De optione vel electione legat. » (Voet, De hoc titulo.)

[8] Pothier, Pand., l. II, p. 383, n° 14.

[9] Justinien, l. 3, § 1, C., Communia de legat. Pothier, Pand., l. II, p. 387, n° 5 in fine.

qu'il ne le fit porter que sur une chose de qualité ordinaire.

Cette décision était suivie dans le droit ancien. Elle doit faire la règle du droit nouveau [1]. Vainement dirait-on que, dans le cas de vente, le décès ou le refus du tiers désigné pour fixer le prix fait évanouir la convention. Il faut répondre que la position du légataire n'est pas la même que celle de l'acheteur et du vendeur. Dans le cas de vente, quand le tiers désigné ne peut ou ne veut intervenir, il est toujours loisible au vendeur et à l'acheteur de fixer entre eux le prix de la chose par une nouvelle convention; tandis que s'il s'agit d'un legs dans lequel l'option ait été conférée à un tiers qui ne peut ou ne veut se prononcer, la mort du testateur ne permet plus de modifier le legs par une nouvelle disposition [2].

1062. Lorsque le testateur a déterminé le nombre de choses à choisir, la disposition ne peut présenter de difficulté; mais si ce nombre est indéterminé, quelle sera l'étendue qu'on devra donner au legs? Par exemple: « Je lègue » à Titius ceux de mes chevaux qu'il choisira. »

La loi 1, D., *De opt. legat.*, formée d'un rescrit d'Antonin, décide que, dans ce cas, le légataire pourra choisir jusqu'à trois chevaux, quoique, dans la plupart des autres cas, *pluralis elocutio duorum numero contenta sit* [3].

1063. Le légataire peut choisir la chose qui est de la meilleure qualité; *atque insuper*, dit Voet [4], « optimum hic à legatario, cui optio » à testatore permessa est, optari potest. »

Cette solution nous semble devoir être adoptée sous le Code, et l'art. 1020, en fixant dans le silence du testateur à qui appartiendrait le droit de choisir, a réglé pour ce cas l'exercice du droit d'option. Mais, dès que le testateur s'est écarté de cette règle en donnant le choix au légataire, l'art. 1020 n'est plus applicable, et le choix du légataire ne doit pas être limité entre ce qu'il y a de la meilleure qualité et ce qu'il peut y avoir de la plus mauvaise.

1064. Continuons d'examiner les différents cas que peut présenter le legs d'option.

Si les choses entre lesquelles le légataire devait faire son choix venaient à périr en partie, le legs ne serait pas nul pour cela. Le légataire pourrait prendre celles qui resteraient, ou, si

elles étaient supérieures à l'importance de son legs, choisir parmi elles.

La loi 8, § 1, D., *De opt. legat.*, le décide expressément: « Si de quatre colliers de perles » je dois en choisir deux, et que de ces quatre » colliers il n'en reste que deux, *valet legatum* [5].

1065. Le légataire peut choisir parmi toutes les choses du même genre qu'a laissées le testateur, et peu importe qu'auparavant l'héritier en ait aliéné quelques-unes. L'héritier ne peut, par son fait, diminuer le droit du légataire. La vente est d'ailleurs *in suspensio*, jusqu'à ce que le choix ait été fait [6].

1066. Le choix doit être fait dans le temps prescrit; sans cela le legs s'écroule: *propter praeteriitum tempus praefinitum optionis legatum hoc casu corruit* [7].

S'il n'y a pas de délai déterminé, l'héritier qui a intérêt à ce que le choix soit fait le plus tôt possible doit le faire fixer par le juge [8].

Mais si le choix appartient à plusieurs, comme lorsque le légataire décède et qu'il laisse plusieurs héritiers, et si, dans ce cas, les héritiers ne sont pas d'accord, alors il faut avoir recours au sort, et ce sera celui qu'il favorisera qui sera chargé d'élire d'après la loi 3 au Code, *communis de legatis*. Par cette loi, Justinien a modifié le droit des Pandectes qui voulait que, dans le cas de dissentiment, le legs fût inutile [9].

1067. Nous venons de voir les rapports et les différences du legs de la chose indéterminée et du legs d'option. Examinons le legs alternatif qui est aussi un legs d'option. Ce genre de legs a lieu lorsque deux ou plusieurs choses sont léguées alternativement, de manière que le paiement de l'une éteigne la disposition. « Je lègue » à Titius mon cheval Rabican ou mon carrosse » avec mes armes. »

Les choses qui font l'objet de ce legs sont toutes dues jusqu'à ce que le choix de l'une d'elles ait été fait. Si donc, avant le choix, l'une d'elles vient à périr, celle qui restera devra être payée. Supposons que Rabican vienne à périr, le legs deviendra pur et simple et sera de la même nature que si le testateur avait purement et simplement légué son carrosse avec ses armes [10].

La loi 2 au D., *De legatis*, 2^e, n'est pas con-

[1] Merlin, *Repert.*, v^o Option.

[2] Voet, *loc. cit.*, n^o 5. Argument de la loi 11, § 1, D., *De legat.*, 2^o.

[3] Ulpian, l. 12, D., *De testibus*. Voet, *loc. cit.*, n^o 1.

[4] Voet, *loc. cit.*, n^o 1.

[5] Pomponius, l. 8, § 1, D., *De opt. leg.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 386, n^o 4. Voet, *loc. cit.*, n^o 2.

[6] Javolenus, l. 14, D., *De opt. legat.* Voet, *loc. cit.*, n^o 2.

[7] Terentius Clemens, l. 17, D., *De opt. leg.* Voet, *loc. cit.*, n^o 3 in *fine*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 388, n^o 13.

[8] Pomponius, l. 6, D., *De opt. leg.* Voet, *loc. cit.* Pothier, t. II, p. 388, n^o 13.

[9] Pothier, *Pand.*, t. II, p. 387, n^o 6 in *fine*. Voet, *loc. cit.*, n^o 6.

[10] Julien, l. 84, § 2, *De legat.*, 1^o. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 390, n^o 23.

traire à cette règle; elle ne fait que décider que le legs alternatif ne constitue qu'un seul et même legs [1], quoique avant l'élection il y ait plusieurs choses dues dans ce legs [2].

Le legs alternatif est dû comme tous les autres à compter du jour du décès du testateur. Mais si l'une des choses léguées alternativement est soumise à une condition, le légataire ne pourra réclamer la libéralité avant l'échéance de cette condition : et s'il meurt avant cette échéance, le legs sera caduc et ne passera pas à ses héritiers [3].

La raison de ceci vient de ce que le legs alternatif, quoique comprenant plusieurs choses, est un : « *Cum illud aut illud legatur*, dit Papinien, « *enumeratio plurium rerum disjunctio modo comprehensa, plura legata non facit* » [4].

1068. Dans le cas du legs d'une alternative, le choix appartient à l'héritier, comme lorsqu'il

s'agit du legs d'une chose indéterminée. Il en était différemment à Rome. Le choix depuis Justinien, sans distinguer quelle était la forme du legs, devait appartenir au légataire [5]. Seulement, le légataire d'une alternative avait de plus que le légataire d'une chose indéterminée le droit de choisir la chose de meilleure qualité : *electio legatario competit*, dit Voet [6], *ut meliorem petere possit*.

1069. L'héritier à qui, en l'absence de disposition spéciale, le choix appartient aujourd'hui, ne peut choisir partie d'une chose et partie d'une autre. Il faut qu'il choisisse l'une ou l'autre entière [7]. Il en serait de même du légataire auquel le choix aurait été déferé [8].

Si la chose que l'héritier se détermine à payer vient à périr après qu'il a signifié son choix, ou qu'il en a fait l'offre réelle, la perte tombe sur le légataire [9].

ARTICLE 1025.

Le legs fait au créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique en compensation de ses gages.

SOMMAIRE.

- 1970. En matière de legs, la compensation ne doit pas se présumer.
- 1971. Même dans le cas où le testateur était déjà débiteur du légataire.
- 1972. Du reste, il n'y a de libération qu'autant qu'il y a dans le legs plus que dans la dette.
- 1973. De la reconnaissance de dette. — Recueil.
- 1974. Du legs de libération.
- 1975. La libération léguée par un testateur au débiteur de son héritier ou d'un tiers est-elle valable ?

- 1976. On peut faire à une caution un legs de libération.
- 1977. Le legs de libération d'une chose non due est inutile.
- 1978. Le legs de libération ne porte pas sur les dettes postérieures au testament.
- 1979. Quoi si le légataire, ignorant la libération qui lui est faite, payait la dette à l'héritier.
- 1980. Quoi s'il avait payé sa dette du vivant du testateur.
- 1981. La novation de dette n'empêche pas le legs de libération de produire son effet.

COMMENTAIRE.

1970. Le point de droit décidé par cet article était l'objet de beaucoup de controverses dans l'ancienne jurisprudence.

Plusieurs auteurs, comme Brodeau [10], pensaient que lorsque le légataire était créancier à titre onéreux du testateur, on ne devait pas supposer la compensation; mais que quand la

créance procédait d'un titre lucratif, il fallait croire que le testateur avait voulu se libérer par son nouveau don.

D'autres juriconsultes, au contraire, pensaient que dans tous les cas on ne devait jamais présumer la compensation : « *Legatum non præsumitur in dubio relictum animo com-*

[1] Pothier, l. 75, *Ad edictum*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 390, n° 26.

[2] Voy. Voet, de hoc tit.

[3] Julien, l. 16, D., *Quand, dies legati*, *cod.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 390, n° 26. Voet, *loc. cit.*, n° 7.

[4] Papinien, l. 25, *Quand, dies legati*, *cod.* Voy., sur cette loi, Cujas, *Questions Papiniennes*, loi 18, l. IV, p. 435 (édit. de 1748).

[5] Pothier, *Pand.*, t. II, p. 391, n° 39 et suiv.

[6] *Loc. cit.*, n° 7.

[7] Celsus, l. 13, D., *De legat.*, 2°. Pomponius, l. 8, § 2, D., *De legat.*, 1°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 391, n° 33.

[8] Turin, 19 mai 1813 (Devill., 4, 2, 513).

[9] Julianus, l. 84, § 9, D., *De legat.*, 1°. Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, p. 392, n° 34.

[10] Brodeau sur Louet, lettre M, somm. 2.

« *pensandi*, » dit Favre [1]. C'était aussi l'avis de Ricard [2] et de Fargole [3].

On ne peut nier que ce dernier sentiment ne soit préférable. La loi 83, D., *De legat.*, 2^e, le sanctionne formellement : elle veut que la compensation ne soit admise que lorsqu'elle résulte explicitement de l'acte ; *nisi voluntas testatoris compensare volentis evidenter ostenderetur* [4]. La distinction de Brodeau ne peut être appuyée sur aucun texte sainement entendu.

Il est clair, d'ailleurs, que toute disposition testamentaire est faite *animo remunerandi* ; on ne peut donc supposer, dans le legs fait au créancier, l'intention de compenser de la part du testateur.

C'est l'opinion de Favre, de Ricard et de Fargole, que le Code a embrassée : des deux avis il a pris le meilleur [5].

1971. Par application de cet article, il a été jugé que le testateur qui, étant débiteur d'une rente envers un tiers, a imposé à son héritier l'obligation de payer une rente à ce tiers, est censé, s'il n'a point exprimé une intention contraire, avoir légué une nouvelle rente pour être ajoutée à l'ancienne [6].

1972. On comprend, du reste, que l'article 1023 n'entend établir, dans la règle qu'il pose, qu'une présomption de volonté, et que le testateur pourra toujours exprimer son intention de compenser le legs avec la créance.

Dans ce cas, pour qu'il y ait libéralité, il faut que l'on trouve dans le legs plus que dans la dette : « *Si modò*, dit Voet [7], *plus in legato = quom in debito sit, odebque interzil creditio = ris ex testamento potius opere quam ex pris = lind obligatione* [8]. »

Et comme le legs donne ouverture, non-seulement à l'action personnelle, mais encore aux actions réelle et hypothécaire, il sera bien rare que la disposition testamentaire ne soit pas plus avantageuse au créancier que sa créance.

Du reste, c'est au créancier légataire qu'il appartiendra de voir s'il est ou non de son intérêt d'accepter ou de répudier le legs.

1973. Que si, au lieu d'avoir légué au créan-

cier une chose imputable sur ce qu'il lui doit, le testateur s'est déclaré obligé à une dette dans son testament, cette disposition connue en droit sous le nom de reconnaissance de dette, se distingue par des caractères particuliers dignes d'un examen spécial. Nous en avons touché quelque chose ci-dessus [9]. Nous y reviendrons plus au long dans notre commentaire de l'art. 1033 [10].

1974. Si le testateur peut faire porter sa disposition sur ce qu'il doit, *à fortiori* il peut la faire porter sur ce qui lui est dû. Le Code ne s'est point occupé de ce genre de legs qu'on appelle legs de libération. Il importe d'en examiner ici l'étendue.

Lorsqu'on lègue à un individu une chose qu'il doit, ce n'est pas lui donner sa propre chose : c'est le libérer d'une obligation sous l'empire de laquelle il se trouve.

Ce legs de remise d'une dette ou de libération peut se faire expressément ou tacitement, pour le tout ou pour partie [11].

Il peut être laissé de plusieurs manières [12], comme quand on lègue la libération en propres termes [13], ou bien quand on lègue au débiteur ce qu'il doit [14], ou bien quand on défend à son héritier d'exiger la chose due [15].

Il peut être fait purement et simplement, ou sous condition.

Nous avons vu ci-dessus [16] quel est l'effet d'un legs de libération sous condition, *pendente conditione* : nous nous bornerons à y renvoyer.

1975. *Quid* si le testateur, au lieu d'avoir fait le legs de libération à son débiteur, l'a fait au débiteur de son héritier, ou au débiteur d'un tiers ?

Un tel legs était valable en droit romain [17] ; c'était la conséquence du principe qui permettait au testateur de léguer la chose d'autrui.

Mais, d'après les principes du Code Napoléon sur le legs de la chose d'autrui [18], on peut douter qu'aujourd'hui un pareil legs soit valable, au moins dans tous les cas, s'il n'est pas fait par forme de condition ou de mode.

Supposons que Titius doive, au mois de jan-

[1] C., tit. *De legat.*, *de fin.* 8.

[2] Part. 2, n^o 168 à 175.

[3] Ch. 14, n^o 75.

[4] Pothier, *Pand.*, t. II, p. 334, n^o 312 *in fine*. Poul., l. 83, D., *De legat.*, 2^e.

[5] Merlin, *Repert.*, vo *Légataire*, § 7, article 2, n^o 15 bis, 4. Toulhier, l. V, n^o 535. Duranton, n^o 258 et suiv., t. IX. Coin-Delisle, n^o 1, sur l'art. 1023.

[6] Cour de Paris, 19 juillet 1809 (Devill., 5, 2, 105). Sirey.

[7] Voet, *Ad Pand.*, *De liber. legat.*, n^o 9.

[8] Instil., *De legat.*, § 14.

[9] N^o 728.

[10] *Infrà*, n^o 2054.

[11] Ulpian, l. 7, D., *De liberat. legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 425, n^o 5.

[12] Pothier, *Pand.*, t. II, p. 422, n^o 1. Godefroy sur le tit. du D., *De liber. legat.* Ducaucroy, *loc. cit.* ; t. II, p. 186, § 15. *Suprà*, n^o 140 et suiv.

[13] Ulpian, l. 5, D., *De liber. legat.*

[14] Ulpian, l. 1, D., *De liber. legat.*

[15] Godefroy, *loc. cit.*

[16] *Suprà*, n^o 142, 143, 144.

[17] Pomponius, l. 8, *De liberat. legat.*

[18] *Suprà*, n^o 1947 et suiv., art. 1021.

vier 1836, mettre Sempronius en possession de l'immeuble du *Verger* dont il est obligé de lui faire délivrance : Caius institue Sempronius son légataire universel ; il lègue en même temps à Titius l'immeuble du *Verger*. Nous disons que cette disposition, qui aurait été bonne d'après l'ancien droit, est nulle aujourd'hui comme contenant un legs de la chose d'autrui : car l'immeuble appartenait à Sempronius, ou, ce qui est la même chose, il a une action pour s'en faire donner la possession. *Idem est rem habere aut actionem ad obtinendam.*

Mais si nous supposons que le testateur ait institué Sempronius à condition qu'il libérerait Titius de l'obligation de lui livrer l'immeuble du *Verger*, cette disposition alors sera valable et profitera à Titius, comme un legs de libération fait au moins d'une manière indirecte.

Le cas que nous venons d'examiner est celui d'un corps certain dû à l'héritier. Mais s'il s'agissait du legs d'une créance, il serait plus difficile d'appliquer les principes qui gouvernent le legs de la chose d'autrui. Par exemple : Je donne à Titius les 10,000 francs qu'il doit à mon héritier. Il est évident que ce legs est valable. Rien n'empêche le testateur de donner au débiteur la somme nécessaire pour éteindre la créance de son héritier.

1976. Le bénéfice de libération qu'on peut donner par testament à un débiteur principal peut aussi se donner à une caution, et, à ce sujet, il faut remarquer que le legs de libération fait à la caution ne libère pas le débiteur principal, mais que le legs de libération fait au débiteur principal libère la caution.

1977. On peut léguer la libération d'une chose due par obligation civile ou par obligation naturelle.

Mais si le testateur lègue la libération d'une chose qui n'est pas due, le legs est inutile [1].

Cependant Favre [2] pense que le legs suivant

est valable, *centum quæ mihi Titius debet, ei do, lego*, quoique Titius ne doive absolument rien ; car c'est là, dit cet auteur, une fausse démonstration qui ne vicie pas. Mais Voet [3] est d'une opinion contraire, et enseigne que ce legs, loin d'être démonstratif, est limitatif [4]. Ce dernier avis, qui est aussi celui de d'Aguesseau dans son plaidoyer dans la cause de madame de Ventadour, doit être préféré [5].

1978. Il faut observer que le legs de libération n'est censé porter que sur les dettes existantes avant le testament et non sur celles qui ont été postérieurement contractées. *Quid* si le testateur, refaisant son premier testament, confirmait dans un second acte le legs de libération que le premier testament contiendrait, et qu'entre l'intervalle des deux testaments le légataire eût contracté une nouvelle dette auprès du testateur ? Il faut répondre que le légataire ne serait pas libéré de la seconde dette contractée [6].

1979. Si le légataire, ignorant la disposition dont il a été l'objet, payait à l'héritier la dette contractée envers le défunt, pourrait-il revenir sur le paiement par l'action *condictio indebiti* ? Voet se décide pour l'affirmative [7], et nous devons nous attacher à cet avis.

1980. On demande ce qui arriverait si le testateur venait à exiger de son vivant le paiement de la dette dont il aurait légué la libération ? Il faut répondre que ce serait une révocation du legs qui par conséquent deviendrait inutile [8].

1981. Que s'il y avait eu novation entre le testateur et le légataire à qui la libération aurait été léguée, la première obligation aurait disparu par l'effet de la novation ; mais comme la nouvelle obligation n'aurait fait que prendre la place de l'autre, ou devrait, dans le doute, se prononcer pour la libération, à moins qu'il n'y eût une volonté contraire manifestée [9].

[1] Ulpien, l. 7, § 2, D., *De liberat. legat.* Pothier, *Pand.*, l. 11, p. 423, n° 11.

[2] *De conjec.*, l. 5, cap. 2.

[3] *Ad Pand.*, *De liberat. legat.*, n° 2.

[4] *Supra*, n° 375 et 374.

[5] Voy. n° 373 in *Enc. Fargole*, ch. 7, sect. 3, n° 61.

[6] Cujas, l. 2, *Quest. Paulinæ. Ad leg.*, 23, *De*

liberat. legat., et *ad Africanum*, l. 108, § 10, *De legat.*, 1^o.

[6] Scævola, l. 28, § 1, l. 2, *De liber. legat.* Voet, *De liber. legat.*, n° 3.

[7] Voet, *loc. cit.*, n° 6.

[8] Voet, *loc. cit.*

[9] Scævola, l. 51, § 3, *De lib. legat.* Voet, *loc. cit.*

ARTICLE 1024.

Le légataire à titre particulier ne sera point tenu des dettes de la succession, sauf la réduction du legs, ainsi qu'il est dit ci-dessus, et sauf l'action hypothécaire des créanciers.

SOMMAIRE.

- | | |
|--|--|
| <p>1982. Lorsque la succession est solvable, le légataire particulier n'est pas tenu des dettes de la succession.</p> <p>1983. Toutefois son legs doit subir une réduction, s'il y a lieu de parfaire les légitimes.</p> <p>1984. Il est en outre soumis aux charges résultant de la nature même de la disposition.</p> <p>1985. En cas d'insolvabilité de la succession, les légataires ne reçoivent leurs legs qu'autant que les créanciers sont désintéressés. — Pourvu toutefois que ceux-ci aient demandé la séparation</p> | <p>des patrimoines.</p> <p>1986. Si les créanciers avaient laissé toucher au légataire le montant de son legs, et que le délai pour demander la séparation des patrimoines fût périmé, ils ne pourraient lui faire rapporter le legs.</p> <p>1987. Du cas où la séparation des patrimoines existe de plein droit.</p> <p>1988. De l'action hypothécaire à laquelle peut être soumis le légataire particulier.</p> <p>1989. Renvoi.</p> |
|--|--|

COMMENTAIRE.

1982. Cet article est relatif à l'influence des dettes du défunt sur le légataire particulier ; il a besoin d'explication. Pour le bien comprendre, il faut distinguer le cas où la succession est solvable de celui où elle ne l'est pas.

Lorsque la succession est solvable, il est un principe certain, c'est que le légataire particulier n'est pas tenu des dettes de la succession [1]. Les dettes suivent ceux qui succèdent avec un titre universel. Le légataire particulier, n'étant qu'un successeur à titre singulier, n'est pas tenu des dettes [2]. Les legs particuliers sont eux-mêmes une dette qui diminue d'autant l'émolument de la succession.

Par exemple, Titius institue Sempronius dans tous ses biens, qui se montent à 100,000 francs. Il lègue à Caius le domaine de Rotbours, estimé 20,000 francs ; et il laisse 20,000 francs de dettes. Sempronius ne sera pas admis à demander que Caius contribue aux dettes : il devra payer et le legs de 20,000 francs en entier, et les créances de la succession ; en sorte que par ces prélèvements, son émolument se trouvera réduit à 60,000 francs.

1983. Toutefois, le légataire doit supporter la réduction de son legs pour parfaire les légitimes [3]. La réserve a préférence sur les legs ; elle est une dette du sang, tandis que les legs ne sont qu'une libéralité provenant d'une volonté moins pressante que celle de la nature.

1984. Le légataire peut être tenu d'acquitter les dettes que le testateur a mises spécialement à sa charge [4]. Il peut aussi être soumis

à des charges résultant de la nature même de la disposition. Tels sont les impôts à compter de la mise en possession, les droits d'enregistrement [5], les rentes foncières aussi à compter de l'entrée en possession, les services fonciers ou servitudes, enfin tous les droits qui sont attachés au sol, ou qui grèvent momentanément ou à perpétuité la chose léguée.

1985. Arrivons maintenant au cas où les biens ne suffisent pas à payer toutes les charges de la succession.

Ici prévalent d'autres idées. Le premier devoir du testateur était de payer ses dettes, et il ne pouvait faire de libéralités avant d'avoir satisfait ses créanciers. Le titre onéreux est toujours plus favorable que le titre gratuit. De là, la maxime *memo liberalis nisi liberatus*. De là encore cette autre règle : *Bona non dicuntur nisi deducto aere alieno*. Il suit de ces principes que les créanciers ont sur les biens de la succession un droit préférable aux légataires, et ces derniers ne peuvent recevoir leurs legs qu'autant que les premiers sont désintéressés.

Mais pour jouir de ce droit dans toute sa force et toute sa plénitude, il faut qu'ils demandent la séparation des patrimoines, afin d'empêcher qu'il ne se fasse une confusion entre l'hérédité et les biens personnels de l'héritier qui a accepté purement et simplement. S'ils omettaient cette précaution, il arriverait ceci : c'est que, par l'acceptation pure et simple, une confusion parfaite s'étant opérée de la personne du défunt avec la personne de son hé-

[1] Suprà, n° 1878.

[2] Art. 871 du C. Nap.

[3] Art. 928 du C. Nap. Suprà, n° 1015 et suiv.

[4] Suprà, n° 332.

[5] Art. 1016 du C. Nap. Suprà, n° 1919.

ritier, des biens laissés par l'un avec les biens appartenant à l'autre, les créanciers et les légataires seraient devenus les créanciers personnels de l'héritier, et tous auraient des droits égaux contre le débiteur commun, c'est-à-dire contre l'héritier qui, par l'acceptation, a quasi-contracté avec eux, sans aucune distinction. Au lieu que si les créanciers ont la précaution de demander la séparation des patrimoines, ils conservent l'intégralité de leurs droits sur les biens de la succession, et leur gage leur reste avec toute préférence sur les légataires [1].

Cette obligation de demander la séparation des patrimoines n'est pas en contradiction avec la règle : *Bona non dicuntur nisi deducto alieno*. Car la demande de séparation des patrimoines est précisément la sanction de cette règle; c'est parce que cette règle existe et qu'elle doit être respectée que la séparation des patrimoines a été inventée, afin de paralyser une sorte de novation qui la rendait inapplicable.

De quoi les créanciers pourraient-ils se plaindre? Ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes de leur négligence à avoir omis les mesures nécessaires pour que leur préférence conserve son énergie [2].

1086. Merlin [3], en défendant ces idées devant la cour de cassation, a émis une proposition que l'on ne saurait admettre qu'au moyen d'une distinction. Il dit que si les créanciers laissent toucher à un légataire la somme qui lui est léguée, il ne pourraient la lui faire rapporter, ce légataire n'ayant reçu que ce qui lui était dû; et il cite à l'appui un arrêt du parlement de Grenoble, du 13 juillet 1638 [4]. Mais cette assertion n'est exacte qu'autant que le créancier a laissé périmer le droit de demander la séparation des patrimoines. Il est évident alors qu'il ne peut revenir contre un fait accompli et inquiéter le légataire, qui est créan-

cier comme lui et qui n'a fait que recevoir son dû. Mais elle manque d'exactitude si le créancier est encore à temps de demander la séparation des patrimoines. L'héritier pur et simple n'a pas pu paralyser, par sa précipitation, l'exercice du droit que le créancier n'a pas perdu par sa négligence.

1087. Lorsque la succession, au lieu d'avoir été acceptée purement et simplement, a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, la séparation des patrimoines existe de plein droit; et les créanciers conservent par cela même sur les légataires la préférence qui leur appartient. Il est évident que cette acceptation de l'héritier ayant pour effet d'empêcher la confusion des biens laissés par le défunt avec les biens appartenant à l'héritier, les légataires ne sont point devenus les créanciers personnels de l'héritier. Il y a lieu alors de faire l'application de la maxime : *Nemo liberatus nisi liberatus* [5].

1088. Indépendamment de l'action personnelle, les légataires particuliers sont encore sujets à l'action hypothécaire : c'est lorsque les créanciers de la succession ont hypothéqué sur les immeubles compris dans la libéralité qui leur est faite. C'est ce qu'enseigne notre article par ces mots : « sauf l'action hypothécaire des créanciers. »

Mais lorsque les légataires particuliers ont payé les créanciers, par suite de l'action hypothécaire exercée contre eux, ils ont recours contre les héritiers ou successeurs à titre universel tenus des dettes. L'art. 874 subroge, pour ce cas, les légataires dans tous les droits des créanciers [6].

1089. Nous renvoyons à ce que nous avons dit dans notre *Commentaire des hypothèques*, sur le bénéfice de discussion accordé au tiers détenteur [7], et sur la prescription de l'action hypothécaire [8].

[1] Art. 878 et 880 du C. Nap.

[2] Cassat., 2 prairial an xii (*Journal du Palais*, t. IV, p. 3. Devill., t. I, 973). Cassat., 9 déc. 1823 (*Journal du Palais*, t. XVIII, p. 255. Devill., 7, t. 330).

[3] Merlin, *Repert.*, v° *Légataire*, p. 815, alinéa 1.

[4] Voici comment est rapportée l'espèce de cet arrêt dans le *Recueil de Bussat* (t. II, p. 311, tit. 5, l. 5, ch. 2) :

« Martin Condam, maître apothicaire de cette ville de Grenoble, légua par son testament 3,000 livres à Ennemond, son fils, ensemble toutes les drogues et instruments de sa boutique, et institua Aymé, son autre fils, son héritier.

« Après la mort de ce testateur, son héritier traita avec tous les créanciers et légataires, retrancha 600 livres sur le légal d'Ennemond et lui paya les 2,400 livres restantes. Cependant le sieur Sarrazin, créancier de 3,000 livres du défunt et de son héritier, se contenta de retirer d'eux ses intérêts sans demander son principal. Aymé Condam, fils et héritier de Martin, vint à mourir, laissant une fille, son héritière, qui accepte la

succession avec inventaire; ce qui ayant donné quelque appréhension à Sarrazin de n'y trouver pas son compte, et que sa dette pouvait devenir périlleuse par le mauvais état des affaires de cette héritière, s'avisa de convenir ledit Ennemond, légataire, à ce qu'il eût à lui rendre le somme de son légal, et soutint que son débiteur n'avait pu léguer à son préjudice, ni rendre sa condition détériorée par cette donation. Au contraire, Ennemond disait que le légal à lui fait et payé était un meuble qui n'avait pas de suite par hypothèque, qu'il n'avait usé de dol ni de fraude en cette occasion. Par sentence du juge de Grenoble, le sieur Sarrazin fut débouté; et par l'arrêt de l'édit, en l'audience du 13 juillet 1638, Lesage et Louis plaidants, la sentence fut confirmée. »

[5] Art. 809 du C. Nap.

[6] Pothier, *Pand.*, t. II, p. 334, n° 312, note c. Merlin, *Repert.*, v° *Légataire*, p. 816, 817.

[7] Mon *Commentaire des privilèges et hypoth.*, t. III, n° 797.

[8] Le même *Commentaire*, t. IV, n° 878.

SECTION SEPTIÈME.

DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES.

ARTICLE 1025.

Le testateur pourra nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires.

SOMMAIRE.

1990. Des exécuteurs testamentaires dans l'ancien droit.

1991. Des exécuteurs testamentaires sous le Code.

1992. Singularité du mandat donné à l'exécuteur testa-

mentaire.

1993. Néanmoins il faut appliquer à ce mandat, autant que faire se peut, les règles des mandats.

COMMENTAIRE.

1990. Le droit français, qui doit tant de choses au droit romain dans tout ce qui concerne la matière des testaments, ne lui a pas l'obligation de l'établissement des exécuteurs testamentaires. Ce sont les usages de nos aïeux et nos coutumes les plus anciennes qui l'ont créé, pour assurer avec plus de force et de stabilité la volonté du testateur.

Ce n'est pas que les Romains n'eussent pris des précautions pour garantir de l'ingratitude de leurs héritiers la loi suprême du testament, à laquelle ils attachaient tant d'importance; ils l'avaient placée sous l'égide de l'intérêt public : *Publicè enim expedit suprema hominum iudicia exitum habere* [1]. Justinien, en mettant la dernière main à la jurisprudence romaine, avait prononcé par la novelle I, ch. I, la peine de privation et d'indignité contre les héritiers réfractaires qui refuseraient d'exécuter la volonté des

testateurs après en avoir été interpellés, déférant, contre les règles générales, l'hérédité à de simples légataires particuliers, qui s'obligeraient à donner des sûretés pour l'exécution des dernières dispositions [2].

Mais notre droit français s'est encore montré plus industrieux, d'après l'expression de Ricard [3], en menaçant d'une part l'héritier de la privation de la succession s'il néglige de remplir les volontés du défunt, et en permettant, de l'autre, aux testateurs de commettre l'exécution de leurs dernières dispositions à des personnes affidées nommées exécuteurs testamentaires.

On sent toute la sagesse de cette innovation, dont on trouve des traces dans un testament de l'an 1314, rapporté par Baluze [4].

Les légataires des meubles pouvaient craindre qu'un héritier malveillant ou dissipateur ne

[1] Paul, l. 5, D., *Testamenta quomodo. ap. ricular.*

[2] Furgole, ch. 10, sect. 4, n° 1.

Au reste, on trouve le germe de l'établissement des exécuteurs testamentaires dans quelques lois romaines; mais ce sont plutôt des indications qu'un corps de doctrine sur une matière organisée. — Voici quelles sont ces lois :

Léon, l. 28, C., *De episop. et Clericis*. Valentinien et Marcien, l. 24, § 2, C. *cod. titulo*. Novelle 177, cap. 1. Novelle 131, cap. 2. Novelle de l'empereur Léon, 68. Julianus, l. 96, § 3, *De legat.*, 1^o. Africanus, l. 107 *cod. titulo*. Marcellus, l. 17, *De legat.*, 2^o. Ulpian, l. 3, D., *De alim. vel cib. legat.* Papinien, l. 9, D., *cod. titulo*. Paul, l. 23, D., *cod. titulo*. Ulpian, l. 12, § 4, D., *De relig.* Paul, l. 7, D., *Si cui plus quam.*

[3] Part. 2, n° 39.

[4] *Histoire générale de la maison d'Autvergne.*

A la fin de ce testament, extrait du trésor des chartes de Tarasne, Béraud VII, seigneur du Mercœur, s'exprime ainsi :

« *Hujus nitem mea ultima voluntatis exentores meos
« eice commissarios speciales mihi conatus et ordinis
« viros venerabiles et reverendos in Christo patres dominos
« Albertum, Guillelmum, Hugonem, etc., etc.* » (T. II, p. 338 *in fine*.)

Du Lac (l. 9, t. VII, art. 1) parle en ces termes d'un arrêt de l'an 1377, qui statue sur une contestation relativement à la possession des objets héréditaires entre un héritier et un exécuteur testamentaire :

« *Luci Titii heredes et ejus testamenti curatore certan-
« tibus, martem varium et communem varia et communis
« secuta est victoria. Judicium rei herodem interdictio
« retinenda possessionis agendum, quantum ad mobilia
« pertineret, non esse ferendum; in enim ad annum à
« morte testatoris, in curatoris maucipio esse; euratorem
« nitem quod ad res soli quantitas atinebat, intercessione
« submovendum, quod scriptis post mortis cet com-
« prehensum.* »

Voy. aussi Ferritres sur Paris, art. 297, glose 1, n° 5.

dilapidait la propriété mobilière de la succession, laquelle n'a pas de suite par hypothèque, et qu'ils ne fussent ainsi privés des libéralités du testateur. Mais ces appréhensions disparurent, lorsque le disposant eut la faculté de nommer un exécuteur testamentaire qui, saisi de plein droit des meubles de l'hérédité, devint leur gardien et leur dépositaire, et put empêcher des malversations coupables.

On voit par là que l'exécuteur testamentaire était investi d'un droit spécial, préférable à celui de l'héritier [1]. L'exécuteur testamentaire recevait une détention, un dépôt qui lui permettait de tenir en bride l'héritier et d'empêcher les dilapidations [2].

Cette innovation fut si générale, et elle parut si bonne que le droit canonique se l'appropriait, comme le prouve la clémentine unique *Des testaments* [3]. L'usage d'en nommer s'étendit même aux pays régis par le droit romain, mais pourtant avec les modifications restrictives des droits accordés aux exécuteurs testamentaires par les coutumes. Aussi, trouve-t-on un traité sur cette matière, écrit par Jean-Jacques de Canibus, docteur de Padoue, intitulé : *De executoribus ultimarum voluntatum* [4].

1991. Le Code Napoléon ne pouvait mieux faire que de consacrer l'usage de nommer des exécuteurs testamentaires; mais, comme nous le verrons dans la suite de cette section, il n'a pas adopté toutes les idées de l'ancien droit. Toutefois, son point de départ est, comme dans

la jurisprudence antérieure, que l'exécuteur testamentaire est mandataire, et que le mandat qui lui est confié est parfait lorsqu'il en a accepté la charge.

1992. Ce mandat se distingue par une singularité. En général, la mort du mandant met fin au mandat; ici, au contraire, la mort du mandant, loin de faire finir le mandat de l'exécuteur testamentaire, le fait commencer. On sait, du reste, que toutes les fois que le mandat est donné pour être exécuté après la mort du mandant [5], il vaut dans les termes où l'a placé la volonté du mandant.

Nous reviendrons sur ce point dans notre commentaire de l'art. 1031 [6].

1993. On doit donc appliquer à l'exécuteur testamentaire les règles du mandat, autant que la chose peut le comporter. Nous ajoutons cette restriction, parce que la loi a fait des exécuteurs testamentaires des mandataires irréguliers sur beaucoup de points, et a introduit plusieurs dispositions qui ne peuvent convenir aux mandataires ordinaires [7].

De ce principe donné, que l'exécuteur testamentaire est un mandataire, il suit qu'il n'a d'autre pouvoir que celui que lui confère le testateur ou la loi, et qu'il doit se tenir exactement dans les bornes de son mandat, suivant cette règle connue : *Diligenter fines mandati custodiendi sunt* [8]. Nous verrons dans le commentaire de l'art. 1032 la conséquence de cette règle [9].

ARTICLE 1026.

Il pourra leur donner la saisine du tout, ou seulement d'une partie de son mobilier; mais elle ne pourra durer au delà de l'an et jour à compter de son décès.

S'il ne la leur a pas donnée, ils ne pourront l'exiger.

SOMMAIRE.

1994. De la saisine de l'exécuteur testamentaire dans l'ancien droit.

1995. Le Code autorise le testateur à donner à son exécuteur testamentaire la saisine du mobilier.

[1] Coquille sur *Nivernois, Test.*, art. 2.

[2] Delaurière, *Glossaire*, v° *Exéc. testam.*

[3] Junge, ch. 17; ch. 119, *Exéc. testam.*; ch. dernier, *Dé testam.*, in-6°. Voy. Fargole, ch. 10, sect. 4, n° 12.

[4] Fargole, *loc. cit.*, cite un autre traité sur la même matière par Bottius Epi.

Voy., sur les progrès et origines des exécuteurs testamentaires :

Delaurière, *Glossaire du droit franç.*, v° *Exéc. testam.*, Donat, *Lois civiles*, p. 146. Ricard, part. 2, n° 57 et suiv., ch. 2. Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5.

[5] Ulpian, l. 12, § 5, D., *Mandati*, Calus, l. 13,

D., *ead. titulo*, Pothier, *Pend.*, l. 1, p. 478, n° 78. Menochius, *Præsumpt.*, l. 2, cap. 6, n° 37. Bartole sur la loi finale, D., *De solut.* Boerius, *décis.* 348, n° 6. Straccha, *Mandat*, n° 49. Casaregis, *disc.* 35, n° 8, 51, 55. Favre sur la l. 12, § 12, D., *Mandati*. Pothier, *Du mandat*, n° 108. Duranton, l. XVIII, n° 284. Zachariæ, t. III, p. 134. Voy. mon *Traité du Mandat*, n° 488 et 728.

[6] *Infra*, n° 2025.

[7] *Infra*, n° 2007 et suiv.

[8] Paul, l. 5 in *principio*, D., *Mandati*. Fargole, *loc. cit.*, n° 13. *Infra*, n° 1996.

[9] *Infra*, n° 2038.

1996. La saisine n'est plus un droit inhérent à la personne de l'exécuteur testamentaire.
 1997. De ses fonctions lorsqu'il n'a pas la saisine.
 1998. Cette saisine n'a rien de contraire à la maxime : *le mort saisit le vif*.
 1999. Durée de la saisine.
 2000. Il ne dépend pas du testateur de prolonger le délai légal de la saisine.
 2001. Sur quels meubles peut porter la saisine.

2002. Du recouvrement des dettes actives de la succession par l'exécuteur testamentaire.
 2003. Comment il doit payer les legs mobiliers.
 2004. Par suite de la saisine qui lui est confiée, il est tenu de concourir au paiement des dettes, en se concertant avec l'héritier.
 2005. Précautions à prendre par les créanciers de la succession.

COMMENTAIRE.

1994. D'après le droit coutumier, tout exécuteur testamentaire avait, de plein droit, la saisine d'an et jour [1]. On supposait qu'en instituant un exécuteur testamentaire, le disposant n'avait pas eu une entière confiance dans son héritier et qu'il avait, par conséquent, voulu lui enlever la possession de fait nécessaire pour l'accomplissement de ses dernières volontés [2]. Il y a plus, dans les très-anciens usages, la saisine s'étendait aux meubles et même aux immeubles [3]. Mais ce point fut modifié, quant aux immeubles, lors de la rédaction des coutumes par écrit.

Quelques-unes maintinrent la saisine générale : telle fut la coutume d'Orléans [4]. D'autres, comme les coutumes d'Anjou [5] et du Maine [6], la restreignirent aux meubles et aux acquêts. D'autres encore, comme la coutume du Nivernais [7], ne la firent porter sur les acquêts que dans le cas d'insuffisance des meubles. Enfin, la coutume de Paris [8] repoussait tout à fait la saisine relativement aux immeubles et n'adoptait que la saisine des meubles.

Dans les pays de droit écrit, au contraire, l'exécuteur testamentaire n'était qu'un simple ministre, et il n'avait pas la saisine des biens meubles ou immeubles [9].

1995. Le Code Napoléon n'a suivi aucun de ces systèmes d'une manière absolue. Il repousse la saisine de plein droit consacrée par le droit coutumier ; mais il autorise le testateur à la conférer à son exécuteur testamentaire par une disposition de son testament. Enfin, il ne veut pas que, dans ce dernier cas, la saisine embrasse autre chose que les meubles de la succession, soit en totalité, soit en partie. Il lui a semblé

que la saisine des meubles était suffisante, parce que le ministère conservatoire de l'exécuteur testamentaire n'a une véritable utilité que pour préserver le mobilier des dissipations, et, qu'après tout, le droit de l'héritier ne doit être gêné qu'en vue d'une nécessité réelle, laquelle ne se manifeste pas en ce qui concerne les immeubles.

1996. La saisine n'est donc pas aujourd'hui un droit inhérent à la personne de l'exécuteur testamentaire, et toutes les fois que le disposant ne l'aura pas donnée expressément, il sera censé l'avoir refusée ; car on ne peut étendre les bornes du mandat. *Diligenter fines mandati custodiendi sunt* [10].

1997. Lorsque l'exécuteur testamentaire n'a pas la saisine, ses fonctions consistent à accomplir les obligations qui lui sont imposées par l'art. 1031. On voit donc qu'un exécuteur testamentaire sans saisine n'est pas décoré d'un vain titre [11].

1998. Il ne faut pas croire que cette saisine, donnée à l'exécuteur testamentaire, soit contraire à la maxime : *le mort saisit le vif*. En effet, comme l'enseigne Ricard [12], la saisine de l'exécuteur ne le rend pas véritablement possesseur et ne lui confère aucun droit réel *in rem*. Il n'est qu'un dépositaire, qu'un séquestre, qui possède au nom de l'héritier, lequel est seul saisi dans toute la latitude que le droit attache à ce mot. C'est aussi l'explication de Dumoulin, sur l'art. 93 de la coutume de Paris [13].

Voilà pourquoi, d'après le même auteur, l'exécuteur testamentaire ne peut intenter complainte contre l'héritier qui le troublerait dans

[1] Ricard, part. 2, n° 71 et suiv. Furgole, *loc. cit.*, n° 28 et 29. *Ferréras sur Paris*, art. 297, n° 22. Merlin, *Réport.*, v° *Exécuteur testam.*, § 3, p. 220, col. 2.

[2] L'auteur du *Grand coutumier*, l. 2, ch. 21. Delaurière, *Glossaire*, v° *Exécuteur testam.*

[3] Delaurière, *loc. cit.*

[4] Art. 290. *Junge Blois*, art. 177. *Poitou*, art. 291.

[5] Art. 274.

[6] Art. 291.

[7] *Testaments*, art. 2 et 4. *Junge Neaux*, art. 8. *Bourbonnais*, art. 22.

[8] Art. 297. *Junge Clermont*, art. 134. *Troyes*,

art. 99. *Reims*, art. 293, etc., etc., etc.

[9] *Modestius*, l. 43, D., *De procurat.* Furgole, ch. 10, sect. 3, n° 28 et 35.

[10] *Supra*, n° 1993.

[11] *Grenier*, n° 351. *Toullier*, l. V, n° 584.

[12] *Part.* 2, n° 71 et suiv.

[13] « ... *Hac consuetudo non facit quin heres non sit a saisitus ut dominus, sed operator quod executor potest a sepe manus ponere, apprehendere...* » — « *Et aliam a non est verus possessor, et nisi ut procurator tantum.* » (*Dumoulin sur Paris*, art. 93, n° 10 et 11.) *Junge Ferréras sur Orléans*, t. XVI, art. 290.

la jouissance des meubles, pendant l'année de l'exécution. Car, quoiqu'il puisse intenter la complainte contre les tiers, ce n'est pas une raison pour qu'il ait cette action contre l'héritier. Il n'a cette action contre les tiers, que parce qu'il est dépositaire au nom de l'héritier; il ne peut donc retourner son mandat contre ce dernier (1).

Voilà pourquoi aussi l'article 1027 qui suit donne aux héritiers la faculté de faire cesser la saisine des exécuteurs testamentaires en remettant somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers.

1999. Le Code limite, d'après l'ancien droit (2), à un an et jour, à compter du décès, la durée de la saisine de l'exécuteur testamentaire : il a supposé que le délai d'un an est suffisant, en général, pour l'accomplissement du mandat confié à un exécuteur testamentaire, mandat qui consiste surtout dans des mesures conservatoires et dans le paiement des legs : « L'exécution, disait Coquille, doit être faite promptement, sans dilution (3). »

Mais rien n'empêche qu'en connaissance de cause, ce délai ne puisse être prorogé par le juge, dans le cas, par exemple, où l'exécuteur testamentaire aurait été entravé dans ses opérations par des contestations, ou autrement; ou bien encore, s'il était prouvé que le délai fut insuffisant pour remplir la mission portée dans le testament. Telle était l'ancienne jurisprudence attestée par Dumoulin (4), Ferrières (5) et Ricard (6). Nous pensons qu'il y a lieu aujourd'hui de décider de même, et la cour de Corse l'a jugé le 1^{er} juin 1822 sur nos conclusions conformes (7).

2000. Mais ce délai d'an et jour, à compter du décès, ne pourrait être étendu par la volonté du testateur. Les termes de notre article le disent suffisamment. L'article primitif était ainsi conçu : « Il pourra leur donner la saisine pendant l'an et jour, à compter de son décès, du tout ou seulement d'une partie de son mobilier (8). » Cette rédaction indiquait bien

évidemment que le testateur, en donnant la saisine, devait la renfermer dans un délai d'un an. Toutefois, le tribunal pensa qu'il fallait apporter encore plus de précision dans le texte, et, pour que le délai ne pût, dans aucun cas, être étendu, il proposa la rédaction qui est devenue celle de l'art. 1026 (9).

Ces circonstances montrent donc clairement quelle a été l'intention positive du législateur (10), et ce serait la méconnaissance que de donner effet à la volonté du testateur qui ordonnerait que la saisine de son exécuteur testamentaire durât plus que l'an et jour.

Remarque, d'ailleurs, que la saisine qui est, comme dit Coquille (11), ordonnée de droit spécial, ne doit pas faire un trop long obstacle à la saisine de fait de l'héritier. Ce serait trop s'écarter de la règle fondamentale : *le mort saisit le vif*. Ce serait une limitation trop grande au droit de l'héritier.

2001. Bacquet (12) donne une énumération des meubles dont l'exécuteur testamentaire a la saisine. Ce sont les deniers comptants, la vaisselle d'argent, les ustensiles d'hôtel, les habits, bagues, bijoux, les dettes actives, les arrérages et reutes, louages de maison, moissons de grains dus et échus au jour du décès du testateur; mais non pas les fruits, moissons, louages et arrérages qui écherront pendant l'an de la saisine. Ces choses sont considérées comme immeubles par rapport à l'exécuteur testamentaire (13); car le testateur n'a pu lui donner la saisine que du mobilier existant à son décès. Il était cependant d'usage, au Châtelet de Paris (14), que l'exécuteur testamentaire reçût les fruits échus pendant son administration, et l'on pense assez généralement (15) que cet usage doit être maintenu aujourd'hui.

2002. Nous venons de dire que la saisine comprend les dettes actives du défunt existant dans la succession (16). Or, l'exécuteur qui s'en trouve saisi après l'inventaire (17) doit exiger le paiement de ces dettes, et s'il y avait une fraude de sa part, et que, par son fait, les débiteurs

(1) On sait que, quoique la complainte n'ait pas lieu pour les meubles, on peut cependant l'intenter dans un cas unique, c'est lorsqu'une succession consiste exclusivement en meubles. C'est « une espèce d'immobilier » (Henrion de Pansey, *Traité de la compétence*, p. 396 et suiv.). Voy. aussi Merlin, *Répert.*, v° *Complainte*, § 3, art. 2, p. 663. *Junge Fustier sur Orléans, loc. cit. Delaurière sur Loisel*, l. 5, t. IV, art. 16.

(2) Voy. les coutumes citées par Ferrières sur Paris, à la conférence sur l'art. 297.

(3) Sur Nivernais, *Des testaments*, art. 2.

(4) *Loc. cit.*, n° 12.

(5) Sur Paris, art. 297, gloss 1, n° 28 et suiv.

(6) *Loc. cit.*

(7) *Junge Grenier*, n° 330. Voy. contra, Toullier,

l. V, n° 594.

(8) Fenet, l. XII, p. 386.

(9) Fenet, l. XII, p. 462 in fine.

(10) Voy. cependant, contra, Delvincourt, t. II, p. 373, et Duranton, t. IX, n° 398 et 400.

(11) Sur Nivernais, *Des testaments*, art. 2.

(12) *Du droit de bâtardise*, ch. 7, n° 5.

(13) Fargole, *loc. cit.*, n° 40.

(14) Remmesud de Lacombe, v° *Exécuteur, testam.*, n° 7.

(15) Toullier, l. V, n° 587. Delvincourt, n° 5, sur la p. 39. Pouljol, n° 6, sur l'art. 1051. Voy. contra, Coin-Delisle, n° 4, sur l'art. 1027.

(16) Bacquet, *loc. cit.* Coutume de Nivernais, *Testam.*, art. 8. Voy. Coquille sur cet article.

(17) Coquille, *loc. cit.*

devinssent insolubles, il pourrait être déclaré responsable, comme ayant manqué à la diligence qui doit le distinguer dans son administration [1]. Il faut remarquer, cependant, que l'exécuteur testamentaire remplit un office précis, presque toujours désintéressé, et que sa gestion doit être appréciée avec équité [2].

2003. Une autre conséquence de la saisine du mobilier donnée à l'exécuteur testamentaire, c'est qu'il doit payer les legs mobiliers [3]; mais il ne doit le faire qu'après avoir appelé les héritiers [4]; car ces derniers ont intérêt à connaître s'il n'y a rien à dire contre le testament, et si les legs ne font pas obstacle au paiement des dettes [5]. (On sait que les dettes doivent être payées avant les legs.) Et si les héritiers s'opposent, l'exécuteur testamentaire pourra toujours temporiser jusqu'à ce que le juge en ait ordonné [6].

2004. Une autre conséquence de la saisine des meubles, c'est que l'exécuteur testamentaire doit concourir au paiement des dettes. Il est vrai que ce n'est pas là un office précis de l'exécuteur testamentaire, puisque les dettes sont indépendantes du testament et que l'exécuteur testamentaire n'est préposé qu'à l'exécution de cet acte de dernière volonté [7]. Mais c'est

une suite de la saisine [8]; et il est clair que l'exécuteur testamentaire, étant saisi de l'actif, doit veiller à ce que les dettes ne restent pas en souffrance [9]. Mais nous remarquerons que l'exécuteur testamentaire ne doit rien faire sans se concerter avec l'héritier; c'est un point qu'il ne doit pas oublier. A moins qu'il ne s'agisse de dettes très-urgentes, tout à fait liquides [10], et ayant, comme dit Coquille [11], considération spéciale de pitié, l'exécuteur testamentaire aura la prudence de ne pas engager sa responsabilité par des paiements précipités, qui pourraient lui être reprochés par l'héritier.

2005. Il suit de là que les créanciers de la succession, qui voudront intenter leur action prudemment, ne devront pas se borner à mettre en cause l'exécuteur testamentaire pour obtenir le paiement de leurs créances mobilières, il faudra qu'ils assignent aussi l'héritier. Sans quoi le jugement rendu contre l'exécuteur testamentaire seul n'aurait pas contre l'héritier l'autorité de la chose jugée [12]; car l'exécuteur testamentaire n'a mandat de représenter l'héritier que dans les choses mêmes découlant du testament et confiées à ses soins, et nous avons dit que le paiement des dettes ne rentre pas lui-même dans cette classe.

ARTICLE 1027.

L'héritier pourra faire cesser la saisine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers, ou en justifiant de ce paiement.

SOMMAIRE.

2006. Explication de cet article.

COMMENTAIRE.

2006. Avant le Code Napoléon, quelques coutumes autorisaient l'héritier à faire cesser la saisine testamentaire en donnant caution [13]. Mais Ricard [14] nous apprend que ce point faisait difficulté dans la plupart des pays dont la coutume ne contenait point de disposition pré-

cise à cet égard. L'art. 1027 a eu pour but de mettre fin à ces contestations. L'héritier pourra donc faire cesser la saisine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers.

La saisine, en effet, n'est pas établie dans

[1] Furgole, ch. 10, sect. 4, n° 34.

[2] *Farrères sur Paris*, art. 297, glose 2, n° 25. *Infr.*, sur l'art. 1031.

[3] Art. 1027 du C. Nap. *Loisel, Instit.*, l. 2, t. 17, n° 15.

[4] Orléans, art. 294. Sens, art. 74. Nivernais, *Testaments*, art. 2. Coquille sur cet article.

[5] Coquille, *loc. cit.*

[6] Coquille, *loc. cit.*

[7] Dumoulin, art. 93, *sur Paris*, n° 13 : « ... Quia debita non sunt onus testamentorum. »

[8] Ricard, part. 2, n° 76.

[9] *Loisel, Instit. coutum.*, l. 11, art. 4, n° 15. Nivernais, *Des testaments*, art. 7. Sens, art. 77. Berry, *Des testaments*, art. 32. Auxerre, art. 256. Melun, art. 254. Troyes, art. 115. Pothier, *Donat. testam.*, ch. 3, sect. 1, art. 2, § 3.

[10] *Legrand sur Troyes*, art. 115, n° 6.

[11] Coquille sur Nivernais, *Testaments*, art. 7.

[12] Cassat. (chambre civ.), 18 août 1825 (Devill., 8, 1, 106).

[13] Nivernais, *Testaments*, art. 8. Meaux, art. 35. Bourbonnais, art. 295.

[14] Part. 2, n° 82 à 83.

l'intérêt des exécuteurs testamentaires, et elle n'a d'autre but que d'assurer le paiement des legs mobiliers; il est donc juste que l'héritier puisse la faire cesser, en mettant à la disposition de l'exécuteur testamentaire somme suffisante pour acquitter ces legs.

C'est par application de cet article, que la

cour de Bruxelles [1] a jugé que, dans une espèce où le testateur avait ordonné que tous les biens seraient vendus par les soins de son exécuteur testamentaire, les héritiers avaient pu, en offrant une somme suffisante pour l'acquiescement des legs, empêcher la vente de ces biens.

ARTICLE 1028.

Celui qui ne peut s'obliger ne peut être exécuteur testamentaire.

SOMMAIRE.

2007. Pourquoi la loi exige, pour ce mandat, la capacité du mandataire.

2008. Il suffit de la capacité au moment de l'exécution.

2009. Les femmes peuvent remplir les fonctions d'exécuteur testamentaire.

2010. Les incapacités relatives de recevoir n'empêchent pas d'être exécuteur testamentaire : ainsi la

médicine, le prêtre, l'enfant naturel, etc.

2011. Les héritiers et légataires peuvent aussi être exécuteurs testamentaires.

2012. Les fonctions de tuteur et celles d'exécuteur testamentaire n'ont rien d'incompatible.

2013. Quel est la capacité d'une personne insolvable ?

COMMENTAIRE.

2007. Il résulte de l'article 1090 du Code Napoléon, qu'on peut choisir un mandataire, même parmi les personnes incapables de s'obliger, sauf au mandant à s'imputer à lui-même, si, à raison de l'incapacité personnelle du mandataire, son action de responsabilité contre ce dernier échoue [2]. Ici, bien que l'exécuteur testamentaire soit un mandataire, la loi a cependant exigé que les personnes sur lesquelles le choix du testateur peut porter fussent capables de s'obliger. La raison est facile à saisir. Dans le mandat ordinaire, c'est le mandant seul qui souffre de l'incapacité de son mandataire, et il a toujours la ressource de le révoquer si bon lui semble; tandis que s'il s'agit d'un exécuteur testamentaire, ce sont les héritiers ou les légataires que l'incapacité du mandataire pourra léser, sans qu'ils aient participé à sa nomination et sans qu'ils aient droit de le révoquer.

2008. Il faut donc que la personne nommée exécuteur testamentaire soit capable de s'obliger; mais cette capacité n'est exigée qu'au moment de l'exécution, et le choix du testateur peut porter sur une personne qui était encore mineure au moment de la confection du testament, pourvu qu'elle soit majeure au temps où elle sera appelée à accepter le mandat.

2009. Les articles suivants s'occupent du cas dans lequel une femme mariée, ou un mineur émancipé ou non, ont été nommés exécuteurs testamentaires. Nous renvoyons au commentaire de cet article les questions qui se rapportent plus spécialement à ces sortes de personnes.

Bornons-nous à dire ici qu'une femme, qui n'est pas en puissance de mari, n'a besoin d'aucune autorisation pour pouvoir remplir les fonctions d'exécuteur testamentaire. Ces fonctions ne sont pas publiques et peuvent être remplies par toutes sortes de personnes [3].

La cour de Colmar [4] a fait application de ces principes, dans un cas où un testateur avait choisi un étranger pour exécuteur testamentaire.

2010. Les incapacités relatives de certaines personnes de recevoir par testament n'emportent pas incapacité pour les fonctions d'exécuteur testamentaire : par exemple, le médecin qui aurait donné des soins au testateur pendant la dernière maladie, le prêtre qui l'aurait assisté à ses derniers moments [5], le conjoint en deuxième nocces ou l'enfant naturel qui auraient déjà reçu, du vivant du testateur, tout ce qu'il était permis de leur donner, peuvent être nommés exécuteurs testamentaires. Il en était ainsi dans l'ancienne jurisprudence; c'est pourquoi dans

[1] 16 mars 1811 (Devill., 3, 2, 446).

[2] *Man. Commentaire du mandat*, n° 329 et suiv.

[3] Coquille, *Nivernais*, *Testam.*, art. 2. Ricard, part. 2, n° 67. Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 1,

art. 1. Grenier, n° 332.

[4] 8 novembre 1821 (Devill., 6, 2, 467). *Junge* Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 1, art. 1.

[5] Pau, 24 août 1825 (Devill., 9, 1, 192).

les coutumes, qui ne permettaient pas au mari de donner par testament à sa femme *ant vice verat*, un mari ne laissait pas de pouvoir nommer sa femme son exécutrice testamentaire [1].

2011. Aucune disposition, non plus, ne défend aux héritiers et légataires d'être exécuteurs testamentaires. Disons toutefois, avec Toullier [2], que l'héritier qui voudrait attaquer le testament devrait refuser la mission d'exécuteur testamentaire; autrement, il s'exposerait à être repoussé plus tard, comme ayant approuvé le testament.

2012. Il n'y a point pareillement d'incompatibilité entre les fonctions de tuteur et celles d'exécuteur testamentaire.

Loin d'être opposées, ces deux fonctions toutes de confiance semblent, au contraire, devoir se fortifier l'une par l'autre. Celui qui a reçu du père mourant la mission d'administrer la personne et les biens de son enfant, et à qui se trouvent ainsi confiés les plus chers intérêts du testateur, est mieux qu'un autre à même

d'exécuter ses dispositions de dernière volonté. Aussi, l'on peut s'étonner que les tribunaux aient eu à se prononcer sur une pareille question [3].

2013. On demande si une personne sans biens est capable de recevoir un mandat d'exécuteur testamentaire. Trois hypothèses peuvent se présenter : ou le testateur a connu l'état de fortune de l'exécuteur testamentaire, au moment où il l'a nommé par son testament et alors sa nomination doit tenir; car il a voulu suivre sa foi [4]. Ou l'exécuteur testamentaire, solvable au moment de sa nomination, n'est devenu insolvable qu'après le testament, et si le testateur n'en a rien su, l'exécuteur testamentaire peut être révoqué [5], ou tout au moins contraint à donner caution [6]; on présume que le testateur ne l'eût pas nommé, s'il avait connu le dérangement de ses affaires. Ou bien, enfin, l'exécuteur testamentaire est tombé en déconfiture depuis son entrée en charge, et l'on doit rendre contre lui la même décision.

ARTICLE 1029.

La femme mariée ne pourra accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari.

Si elle est séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement, elle le pourra avec le consentement de son mari, ou, à son refus, autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219, au titre du *Mariage*.

SOMMAIRE.

2014. Condition d'acceptation de la femme mariée à laquelle est déferée une exécution testamentaire.

2015. *Quid* si la femme possède des paraphernaux.

2016. Le mari qui a autorisé la femme commune à accepter une exécution testamentaire est-il responsable sur ses biens propres?

COMMENTAIRE.

2014. La disposition de cet article prévoit le cas où une exécution testamentaire est déferée à une femme mariée, et comme conséquence de l'article précédent qui ne permet pas d'être exécuteurs testamentaires à ceux qui sont incapables de s'obliger, elle porte que la femme ne pourra accepter l'exécution testamentaire sans y avoir été autorisée par son mari ou par la justice, selon les cas.

Mais cet article ne se contente pas de faire ici l'application de la règle ordinaire qui décide que la femme mariée peut s'obliger en vertu de l'autorisation de justice à défaut du consentement du mari [7]. Il va plus loin. Il distingue si la femme est ou non séparée de biens. Dans le cas où la femme n'est pas séparée de biens, elle ne pourra jamais accepter qu'avec le consentement du mari. L'autorisation de justice

[1] Pothier, *loc. cit.*

[2] T. V, n° 579.

[3] Paris, 15 messidor an XII (Devill., 1, 2, 203).

[4] Papiusien, l. 26, § 1, D., *Quand, dies leg. cod.*

[5] Pothier, *Domest. testam.*, ch. 5, sect. 1, art. 1.

[6] Coquille sur *Nivernais, Testam.*, art. 2 *in fine*. Argument de la loi 21, § 4, D., *De annuis legat.* (Scaevola.)

[7] Art. 217, 218, 219 du C. Nap.

ne pourra point suppléer le refus du mari. Il en sera différemment dans le cas contraire, c'est-à-dire si la femme est séparée de biens soit par contrat de mariage, soit par jugement; alors, au refus de son mari, la femme pourra être autorisée par justice.

Cette distinction a été introduite dans l'intérêt des héritiers. La loi n'a pas voulu que ces derniers se trouvaient en présence d'un exécuteur testamentaire qui ne leur offrit pas une pleine responsabilité. Or, on aperçoit que, dans tous les cas où la femme n'est pas séparée, la simple autorisation de justice, donnée à défaut d'autorisation du mari, n'offre pas aux héritiers un recours suffisant sur les biens appartenant à la femme dont le mari a la jouissance [1].

2015. Au cas de séparation de biens il faut assimiler celui où la femme, étant mariée sous le régime dotal, possède des biens paraphernaux dont elle a la jouissance [2]. Elle serait alors à l'égard de l'héritier dans la même position que si elle était séparée de biens, puisque ses biens paraphernaux en pleine propriété pourront garantir les éventualités de sa gestion. C'est là une omission du Code, facile à expliquer. On sait que, dans le projet original du Code Napoléon, on n'avait point admis le régime dotal [3]. Or, à l'époque de la rédaction de l'art. 1029, on n'avait pas encore discuté le titre du *Contrat de mariage*.

2016. On demande si l'autorisation donnée par le mari à la femme commune le rend responsable tant sur ses biens propres que sur les biens de la communauté? Cette question devrait être résolue par l'affirmative, si l'on voulait prendre à la lettre l'article 1419 du Code Napoléon. Mais, ainsi que nous l'avons expliqué ailleurs [4], cet article est fondé sur

cette présomption, à savoir que le mari a donné son autorisation en vue des intérêts de la communauté et des siens propres. Et, quoique cette présomption soit la plus fréquente, elle n'est cependant pas absolue, et elle cesse dans le cas où la communauté ne retire aucun intérêt de l'acte autorisé [5]. Or, le ministère de l'exécuteur testamentaire est un ministère pieux et gratuit par sa nature; il n'a pas pour conséquence de produire des profits à la communauté, et si le mari autorise sa femme à l'accepter, ce n'est pas en vue d'un lucre, c'est par respect pour la volonté du défunt [6].

Cette décision devrait être suivie, lors même qu'une récompense modique (un diamant) serait attachée à l'exécution testamentaire [7]. Car on ne peut pas supposer que le mari ait donné son autorisation par l'appât de cette rémunération, qui n'est qu'une marque de reconnaissance émanée du testateur.

Que si l'exécutrice testamentaire était en même temps instituée légataire par le testament, il y aurait plus de difficulté [8]. Il nous semble, cependant, que ce point doit être résolu par une distinction : ou il résulte du testament que le legs est indépendant de l'exécution testamentaire, et alors l'autorisation donnée par le mari ne saurait engager sa responsabilité, puisqu'il n'a fait qu'habiliter sa femme pour un ministère qui dans le cas particulier ne cesse pas d'être gratuit. Nous disons qu'il ne cesse pas d'être gratuit, puisque le legs subsiste sans l'exécution testamentaire et l'exécution testamentaire sans le legs. Ou bien l'exécution testamentaire et le legs sont intimement liés ensemble, et alors on devrait décider que l'autorisation du mari n'ayant pas été désintéressée, il demeure coobligé avec sa femme.

ARTICLE 1030.

Le mineur ne pourra être exécuteur testamentaire, même avec l'autorisation de son tuteur ou curateur.

SOMMAIRE.

2017. Difficulté que cet article a eu pour but de faire cesser.

2018. Quel serait le sort d'un legs fait à un mineur, en

considération de l'exécution testamentaire qui lui est conférée.

[1] *Mon Comment. du contrat de mariage*, t. II, n° 847 et 848.

[2] Art. 1536, 1576 du C. Nap.

[3] Fenet, t. II, p. 302 et suiv.

[4] *Mon Comment. sur le contrat de mariage*, n° 842 à 847.

[5] *Ibid.*, n° 846, 1229 et 1231.

[6] Vazeille sur l'art. 1029, n° 2, et Coin-Detisle sur

la même article, n° 1, veulent que l'on applique ici l'art. 1419.

[7] *Mon Comment. sur le contrat de mariage*, n° 846.

[8] Delvincourt, t. II, n° 10, sur la p. 100, et Dalloz, *Dispos. entre-vifs et Testam.*, ch. 8, sect. 2, n° 3, pensent que, dans ce cas, il faut distinguer si le legs est mobilier ou immobilier, et d'appliquer art. 1419 que, dans le cas où le legs est mobilier.

COMMENTAIRE.

2017. Cet article est un deuxième corollaire de l'article 1028, et une conséquence des articles 450 et suivants du Code Napoléon. En ne distinguant pas entre le mineur émancipé ou non, il a mis fin à une difficulté qui s'était élevée anciennement, d'après l'opinion de quelques auteurs, et notamment de Pothier [1], de savoir si le mineur émancipé ne pouvait pas accepter une exécution testamentaire, surtout lorsque les charges en étaient modiques [2].

2018. Delvincourt [3] s'est demandé quel serait le sort d'un legs fait à un mineur en considération de l'exécution testamentaire qui lui est conférée, et il a cru devoir faire la distinction suivante : si le testateur a cru le mineur en état de majorité, le legs est caduc ; car la con-

dition sous laquelle il a été fait ne peut être accomplie. Que si, au contraire, le testateur a connu la minorité de celui qu'il nommait son exécuteur testamentaire, et qu'il gratifiait en cette qualité, la condition est simplement réputée non écrite, parce qu'elle est contraire aux lois, et le legs pourra recevoir son effet.

Cette distinction a été repoussée avec raison. En effet, qu'importe que le testateur connaisse ou non la minorité ? S'il a entendu subordonner sa disposition à l'accomplissement de la condition, le legs ne pourra recevoir d'effet ; et réciproquement, si le legs est indépendant de l'exécution testamentaire, il n'en sera pas moins valable [4].

ARTICLE 1031.

Les exécuteurs testamentaires feront apposer les scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents.

Ils feront faire, en présence de l'héritier présomptif, ou lui dûment appelé, l'inventaire des biens de la succession.

Ils provoqueront la vente du mobilier, à défaut de deniers suffisants pour acquitter les legs.

Ils veilleront à ce que le testament soit exécuté ; et ils pourront, en cas de contestation sur son exécution, intervenir pour en soutenir la validité.

Ils devront, à l'expiration de l'année du décès du testateur, rendre compte de leur gestion.

SOMMAIRE.

2019. Des prérogatives données par le Code à l'exécuteur testamentaire.

2020. Il doit faire apposer les scellés. — Réfutation d'une opinion de Pigeau.

2021. L'offre de consigner les sommes nécessaires pour le paiement des legs mobiliers enlève à l'exécuteur testamentaire le droit de requérir l'apposition des scellés.

2022. L'exécuteur testamentaire doit faire faire inventaire.

2023. Pourrait-il être dispensé de l'inventaire par le testateur ?

2024. Il doit provoquer la vente du mobilier.

2025. Il doit veiller à l'exécution du testament.

2026. Pourrait-il faire vendre les immeubles ?

2027. Des distributions de biens autorisées dans l'ancien droit.

2028. L'exécuteur testamentaire doit rendre compte de son administration.

2029. Comment ce compte doit être rendu.

2030. Ce que doit contenir le compte.

2031. Suite.

2032. L'exécuteur testamentaire ne peut prétendre à aucun salaire.

2033. Des intérêts qu'il doit ou qui lui sont dus.

2034. Concurrence de l'action à laquelle il est soumis.

COMMENTAIRE.

2019. Nous avons vu, dans les articles qui précèdent, que les exécuteurs testamentaires ne

sont que des mandataires irréguliers sous beaucoup de rapports. La disposition de cet article

[1] Pothier, *loc. cit.*

[2] Grenier, no 333.

[3] T. II, p. 376.

[4] Batloz, vol. 1, p. 124, no 6. Vazeille, no 2, sur l'art. 1050. Voy. *supra*, no 389, et *infra*, nos 2103 et suiv., art. 1038.

en est une preuve de plus. En effet, un simple mandataire, qui n'aurait pas de pouvoir spécial, ne pourrait ni faire inventaire, ni faire vendre, etc., comme la loi en donne virtuellement le droit à l'exécuteur testamentaire. Aussi, dans les pays de droit écrit où l'exécuteur testamentaire n'avait pas du manquement ni d'administration, et où on l'assimilait à un simple mandataire pour surveiller l'exécution du testament, n'avait-il pas les prérogatives dont parle notre article dans les trois premiers alinéas [1].

Mais le Code a voulu, conformément à l'esprit des coutumes, que l'exécuteur testamentaire restât ce qu'il a toujours été d'après les traditions nationales, c'est-à-dire, un mandataire ayant des attributions spéciales et un droit d'intervention conservatoire.

2020. En premier lieu, l'exécuteur testamentaire doit faire apposer les scellés. Mais Pigeau [2] a pensé que le paragraphe premier de notre article avait été abrogé par les art. 910 et 911 du Code de procédure; et voici comment il raisonne :

« L'exécuteur testamentaire n'est point établi « dans l'intérêt des héritiers, mais bien dans « celui des légataires pour lesquels il doit veiller. Si donc les héritiers mineurs ou interdits « ont des tuteurs, c'est à eux à faire l'apposition « des scellés. L'exécuteur testamentaire ne le « peut pour eux. La preuve en est dans les articles 910 et 911 du Code de procédure civile, « desquels il résulte que le ministère public ne « peut requérir, ni le juge de paix apposer les « scellés d'office, quand le mineur a un tuteur, « parce que c'est à celui-ci à y veiller. Si la loi « décharge cet officier de ce soin, pourquoi « l'exécuteur testamentaire en serait-il tenu ?

« Si l'héritier est absent, ce n'est pas non « plus à cet exécuteur à agir pour lui, mais « bien au ministère public ou au juge de paix, « auquel l'article 911 enjoint de veiller pour « l'héritier absent.

« L'exécuteur testamentaire ne peut donc, en « aucun cas, requérir le scellé pour les héritiers ; mais il le peut pour les légataires. si « ceux-ci ne le font pas ; et encore est-il des « cas où il ne le peut pour ces derniers : 1° lorsque le légataire a un tuteur (argument des « articles 910 et 911) ; 2° si les légataires sont « majeurs, présents et non interdits ; 3° si l'offre de remettre à cet exécuteur somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers. » C est raisonnablement de Pigeau pêche par sa base. Ce n'est pas seulement dans l'intérêt des légataires,

que les exécuteurs testamentaires ont été établis ; c'est dans l'intérêt du testament, afin que la volonté du défunt sorte son plein et entier effet. Donc l'exécuteur testamentaire remplit sa mission lorsqu'il procède à des actes conservatoires qui ont pour but de maintenir l'ordre et l'intégrité dans les choses dont le testament a disposé. L'apposition des scellés est un acte conservatoire de ce genre ; elle empêche que des mains indiscrètes, quelles qu'elles soient, ne s'emparent des meubles de la succession ou n'en détournent une partie. On peut avoir à redouter cette dilapidation de beaucoup de personnes autres que l'héritier. L'héritier peut être éloigné ; le testateur peut être environné dans ses derniers moments de serviteurs infidèles qui se trouvent, pour ainsi dire, maîtres de toutes ses richesses, et peuvent les faire disparaître. Quel inconvénient y a-t-il à ce que l'exécuteur testamentaire fasse apposer les scellés et conserve, par ce moyen, les meubles de la succession ? Cet acte est, à la vérité, dans l'intérêt de l'héritier ; mais il est aussi dans l'intérêt des légataires. En un mot, il est dans l'intérêt du testament et cela suffit pour le légitimer.

Si le Code de procédure ne fait pas intervenir le ministère public pour l'apposition des scellés quand le mineur a un tuteur, s'ensuit-il qu'il ôte à l'exécuteur testamentaire l'exercice d'un droit conservatoire que lui donne une disposition expresse du Code Napoléon ? Comment Pigeau n'a-t-il pas vu que le surcroît de précautions que prend la loi pour assurer l'exécution du testament ne contient rien de contradictoire ; qu'il rentre, au contraire, dans le but du législateur qui, par toutes les voies possibles, a voulu environner la volonté des mourants de remparts inattaquables, capables de la défendre contre tous les genres de mauvaise foi et de malversation ? Qu'importe donc que l'héritier mineur ait un tuteur qui puisse demander l'apposition des scellés ? La garantie que procure cet acte ne sera-t-elle pas bien mieux assurée, quand il y aura un exécuteur testamentaire qui sera là pour le requérir, si le tuteur n'est pas aussi vigilant ?

2021. Pigeau dit que l'offre de consigner la somme nécessaire pour le paiement des legs mobiliers ôte à l'exécuteur testamentaire le droit de requérir l'apposition des scellés. Cette opinion est plus plausible : elle peut être corroborée par un arrêt de la cour de Bruxelles du 16 mars 1811 [3]. Cependant je ne la crois pas à l'abri de toute attaque. Il me semble que le

[1] Furgole, ch. 10, sect. 4, n° 25 et suiv., n° 157.
[2] *Traité de procédure civile*, L. II, p. 579, n° 9.

[3] Devill., 5, 2, 446.

droit de faire apposer des scellés est indépendant de la saisine donnée à l'exécuteur testamentaire; il n'autorise qu'à faire un acte conservatoire qui, dans certains cas, peut être requis par des étrangers, par les serviteurs et domestiques du défunt, par des personnes, enfin, qui n'ont rien à prétendre sur la succession. Or, l'offre de la somme nécessaire pour le paiement des legs mobiliers fait cesser la saisine, comme le dit l'art. 1027; mais elle n'ôte pas à l'exécuteur testamentaire ses droits de surveillance, et le pouvoir que la loi lui confère de prêter ses soins à l'exécution du testament [1].

2022. En deuxième lieu, l'exécuteur testamentaire doit faire faire inventaire; mais il faut que ce soit en présence de l'héritier présomptif ou lui dûment appelé [2]. Cet inventaire doit comprendre non-seulement les meubles, dont la saisine a pu être donnée à l'exécuteur, mais encore tous les biens de la succession. Ce qui me semble prouver encore que les obligations tracées dans l'art. 1031 subsistent toujours, quoique la saisine ait cessé par l'effet de l'art. 1027; et que si l'exécuteur testamentaire doit faire inventaire, ce n'est pas pour constater les forces du mobilier dont il se charge, mais pour déterminer celles de la succession entière, afin d'éviter les dégradations ou malversations. Car, si tel n'eût pas été le but de la loi, elle aurait chargé l'exécuteur testamentaire de faire l'inventaire des meubles lorsqu'il en a la saisine, mais non pas de faire l'inventaire de toute la succession dont il n'est pas saisi.

2023. L'exécuteur testamentaire pourrait-il être, par le testament, dispensé de cet inventaire? Cette question était controversée dans l'ancien droit. Les uns [3] pensaient que l'exécuteur testamentaire ne pouvait être déchargé de l'obligation de faire inventaire en vertu du principe : *nemo potest suo testamento carere ne leges in suo testamento locum habeant* [4]. D'autres estimaient, au contraire, que le testateur, qui pouvait léguer ses meubles et effets mobiliers à l'exécuteur testamentaire, pouvait, à plus forte raison, le dispenser de faire inventaire [5]. Mais il faut remarquer que cette controverse découlait d'une législation qui donnait toujours la saisine des meubles à l'exécuteur testamentaire, et qui, d'après l'interprétation des auteurs, exigeait seulement qu'il fit inventaire des biens meubles dont il avait la saisine, afin de constater l'intégrité de son administration et de po-

ser les bases du compte qu'il avait à rendre.

Aujourd'hui, il n'en est pas de même : l'exécuteur testamentaire n'a pas la saisine de plein droit, et de plus l'inventaire, que la loi l'oblige à faire, comprend non-seulement les meubles, mais encore les immeubles de la succession.

Et d'abord, lorsque l'exécuteur testamentaire n'a pas d'administration ni de saisine, qu'il est réduit au rôle de surveillant, comme cela arrive, sous le Code Napoléon, dans tous les cas où le testateur ne lui a pas donné expressément la saisine, nul doute que le testateur n'ait le droit de le dispenser de faire inventaire des biens de la succession. Maître de ne pas nommer un ministre spécial pour l'exécution de ses volontés, il peut, à plus forte raison, restreindre ses devoirs.

Mais s'il a la saisine des meubles, s'il a un maniement de deniers considérable, s'il est chargé de payer les dettes de la succession, comme le testateur peut lui en donner la mission, la question est plus difficile. Pour la résoudre, il faut distinguer :

Où le testateur l'a dispensé de faire inventaire des meubles et immeubles.

Où il l'a dispensé de l'inventaire des immeubles seulement.

Le deuxième cas ne peut donner lieu à controverse. L'inventaire des immeubles n'est mis à la charge de l'exécuteur testamentaire que comme un moyen de surveillance générale dont on ne peut le dispenser.

Mais, dans le premier cas, l'obligation de faire inventaire, et inventaire des meubles, a un double objet : de déterminer les forces de la succession et de fixer les valeurs mobilières dont l'exécuteur a pris la possession. Sous ce dernier point de vue, l'inventaire des meubles se rattache à un principe de bonne foi qui doit diriger l'exécuteur testamentaire dans son maniement; et comme on ne peut dispenser de la bonne foi, Grenier [6] a émis l'avis que le testateur ne pouvait dispenser l'exécuteur testamentaire de faire inventaire.

Mais je ne vois pas de raison pour s'écarter de l'opinion de Ricard et de Furgole, opinion conforme à plusieurs textes formels du droit romain, et notamment à la loi dernière, § *Procul dubio*, au Code, *Arbitrium tutelar*. La dispense de faire inventaire ne peut avoir pour résultat de favoriser la mauvaise foi. L'exécuteur testamentaire sera toujours soumis à la diligence

[1] Junge Berriat-Saint-Prix, p. 690, note 3, n° 2. Carré et Chauveau (Adolphe), quest. 3063.

[2] Coutume de Nivernais, *Testam.*, art. 2. Loisel, l. 2, t. IV, n° 15. Coutume de Paris, art. 297.

[3] Ferrières sur Paris, art. 297, n° 7, glose 2. Bac-

quet, *Droit de tutelle*, n° 17 et 18.

[4] Pomponius, l. 53, D., *De legat.*, 1°.

[5] Ricard, part. 2, n° 487. Furgole, ch. 10, sect. 4, n° 27.

[6] N° 337.

d'un bon père de famille; et s'il manque à cette diligence par des détournements, les intéressés ne seront pas privés du droit de l'actionner de ce chef, pour voir dire qu'il a reçu plus qu'il ne veut avouer [1].

Sous l'ancienne jurisprudence, Potbier donnait une raison qui pouvait avoir une grande autorité; il disait que l'exécuteur testamentaire, ne tenant sa saisine que de la loi, ne pouvait l'avoir que sous les conditions imposées par la loi [2]. Mais cette raison n'est plus admissible aujourd'hui, puisque, d'après l'art. 1026 du Code Napoléon, c'est de la volonté du testateur que l'exécuteur testamentaire tient la saisine. Or, *provisio testatoris hominis facit cessare provisionem legis*.

Du reste, Toullier remarque très-bien que la dispense de faire inventaire serait inutile, s'il y avait des héritiers à réserve, parce que, pour constater l'étendue de la portion disponible, il faut nécessairement énumérer les choses de la succession.

2024. En troisième lieu, l'exécuteur testamentaire doit provoquer la vente du mobilier; mais ce n'est que dans le cas où les deniers sont insuffisants pour payer les legs mobiliers. Cette disposition a pour objet de procurer l'exécution du testament. Elle a lieu soit que l'exécuteur testamentaire ait ou non la saisine du mobilier; car le Code ne distingue pas. Mais les héritiers peuvent, en offrant somme suffisante pour acquitter les legs, empêcher l'exécuteur testamentaire de mettre en vente les biens meubles de la succession. Quel intérêt l'exécuteur testamentaire aurait-il à poursuivre avec rigueur la vente du mobilier, puisque les héritiers lui fournissent les moyens de les acquitter? Remarquez que ce n'est qu'à défaut de deniers suffisants que l'art. 1031 se prête à la vente du mobilier; or, on ne peut pas dire qu'il n'y a pas de deniers suffisants, lorsque les héritiers offrent les fonds nécessaires pour satisfaire aux dernières volontés du testateur. D'un autre côté, les héritiers peuvent avoir un grand intérêt à empêcher la vente des meubles. Il est possible qu'il y ait dans le mobilier des objets ayant pour eux un prix d'affection, et qu'ils tiennent

à conserver. Ne serait-ce pas pousser la loi dans des rigueurs extrêmes et inutiles que de refuser aux héritiers cette satisfaction [3]?

2025. En quatrième lieu, l'exécuteur testamentaire doit veiller à ce que le testament soit exécuté, et il peut intervenir sur les contestations qui en attaquent la validité.

Ce droit de veiller à l'exécution du testament n'est pas limité à un an, comme la saisine; il dure tant qu'il y a des dispositions dont l'héritier n'a pas encore procuré l'exécution.

Il donne à l'exécuteur testamentaire le pouvoir de faire assigner l'héritier, pour satisfaire aux dispositions qui lui sont imposées par le testament et qu'il néglige.

Ici se présente la question de savoir si l'exécuteur testamentaire, ne pouvant pas payer les legs avec la vente du mobilier, est autorisé à contraindre l'héritier à vendre des immeubles, pour arriver à assurer ainsi l'exécution de la volonté du testateur.

Cette question était résolue pour l'affirmative, dans plusieurs coutumes [4]; et la pratique avait fait généralement adopter cette solution dans les autres coutumes. Rieard [5] trouvait cependant beaucoup à redire à cet usage là où la coutume ne parlait que des meubles. Sous le Code aussi il n'a été question que des meubles; mais l'article 1031, en chargeant l'exécuteur testamentaire de veiller à ce que le testament soit exécuté, a par cela même reconnu à l'exécuteur testamentaire le droit de contraindre l'héritier à faire vendre les immeubles pour l'exécution du testament [6].

2026. Il y a plus: l'exécuteur testamentaire pourrait lui-même faire vendre les immeubles, s'il en avait été chargé par le testateur: et ce mandat spécial, en dehors de la mission ordinaire qui lui est reconnue par notre article de faire vendre le mobilier, ne dépasserait pas les pouvoirs du testateur [7]. Nous avons dit, en effet [8], que la mort du mandant ne met point fin au mandat, lorsque le mandat est donné pour être exécuté après la mort du mandant. Or, c'est d'un mandat de cette nature qu'il s'agit alors.

La mission de l'exécuteur testamentaire peut

[1] Toullier, t. V, n° 604.

[2] *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 1, art. 3.

[3] Brozellez, 16 mars 1811 (Devill., 3, 2, 416).

[4] « ... An cas que les meubles ne suffisent pas pour l'accomplissement du testament, l'exécuteur testamentaire doit demander en justice qu'il lui soit permis de vendre quelques immeubles, après sommation faite à l'héritier, et à son refus. » (Ferrière sur Paris, art. 297, glose 2, n° 9.) *Junge* Fargole, ch. 10, sect. 4, n° 41. Coutume de Nivernais, *Testam.*, art. 4. Neaux, ri. 58. Bretagne, ancienne coutume, art. 574. Châlons,

art. 75. Blois, art. 75.

[5] Part. 2, n° 78.

[6] Toullier, t. V, n° 593. Pau, 24 août 1825. Cet arrêt, il est vrai, a été cassé le 26 nov. 1828; mais sur le motif qu'il s'agissait d'un legs fait au profit d'une église, et pour l'acceptation duquel l'autorisation du gouvernement était nécessaire (Devill., 9, 1, 192).

[7] *Supra*, au n° 279, voyez une espèce qui rentre dans cette question.

[8] *Supra*, n° 1992.

être aussi variée que la volonté des testateurs. Par sa mission légale, l'exécuteur testamentaire n'est chargé que de payer les legs et de veiller à l'accomplissement du testament. Mais rien n'empêche le testateur d'élargir ce mandat légal; nous avons vu, qu'il peut donner à son exécuteur testamentaire la saisine des meubles. De plus, il est constant en principe qu'il peut le charger de faire recette et emploi de sommes dues [1]. On ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas lui donner le mandat de faire vendre tels ou tels biens, meubles et même immeubles de la succession, pour payer les dettes.

Un tel mandat n'a rien de contraire à l'ordre public, et pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux réserves établies par la loi, il doit être respecté.

C'est ce qui a été jugé par arrêt de la cour de Bruxelles, du 2 août 1809 [2]. Bien entendu, du reste, que cette vente doit être faite de manière à ne pas porter préjudice aux héritiers. Et c'est aussi ce que décide ce même arrêt qui, tout en respectant le mandat de vendre, oblige l'exécuteur testamentaire à le remplir avec les précautions de publicité et de concurrence propres à procurer le plus haut prix et la plus grande somme de sécurité.

La légalité d'un tel mandat a cependant été contestée d'une manière fondamentale par un arrêt de la cour de Riom, du 24 juin 1859, rapporté par Bayle-Mouillard [3]. Je voudrais en bien connaître l'espèce et les faits précis : je ne les trouve dans aucun recueil, et Bayle-Mouillard a omis quelques circonstances qu'il y aurait intérêt à savoir. Quoi qu'il en soit, voici ce que cet auteur en rapporte.

Un testateur, sans en faire la condition d'aucun legs, avait autorisé sa femme à vendre de ses Immeubles jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, pour l'employer à l'acquit de ses dettes passives. Mais les ventes consenties par la femme, en vertu de cette autorisation, furent annulées par les motifs suivants :

- « Considérant que le contrat de mandat ayant
- « pour objet de faire représenter le mandant et
- « de pourvoir, par l'intermédiaire d'un tiers, à
- « l'exécution de sa volonté, devait nécessaire-
- « ment finir à son décès, époque à laquelle il
- « cessait d'en avoir une, et où il se trouvait
- « remplacé par ses héritiers testamentaires ou
- « *ab intestat*; que ce terme assigné au mandat
- « par la raison est formellement prescrit par
- « l'art. 2003 du Code Napoléon;
- « Considérant que si, par délérence pour la
- « volonté des testateurs, la loi a permis d'insti-

« tuer des exécuteurs testamentaires qui, n'é-

« tant pas des héritiers, peuvent être régarés

« comme mandataires, cette faculté ne donne

« lieu qu'à un mandat tout exceptionnel, qui,

« par là, doit être soigneusement renfermé dans

« les limites qui lui ont été imposées;

« Considérant que, dans les dispositions par

« lesquelles le Code règle les pouvoirs des exé-

« cuteurs testamentaires, on voit, art. 1026,

« que le testateur pourra leur donner pour un

« an seulement la saisine de tout ou partie de

« son mobilier; et, art. 1031, qu'ils provoquent

« la vente de ce mobilier, à défaut de de-

« niers suffisants pour acquitter les legs; mais

« que, dans aucune, on ne trouve la faculté

« d'accorder la saisine des immeubles et le pou-

« voir de les vendre sans formalités de justice et

« sans le concours des héritiers;

« Considérant qu'on ne peut pas dire que les

« dispositions de l'art. 1026 sur la saisine du

« mobilier ne sont que démonstratives, et n'ex-

« cluent pas la faculté d'accorder la saisine des

« immeubles; que les expressions dans les-

« quelles ces dispositions sont conçues, et les

« principes sur le mandat et la transmission des

« biens par décès s'opposent à ce qu'une sem-

« blable interprétation puisse être adoptée; qu'en

« effet, en disant que le testateur pourra don-

« ner la saisine de son mobilier pendant un an,

« et en gardant le silence sur la saisine des Im-

« meubles et la faculté de les vendre, l'arti-

« cle 1026 fait bien évidemment entendre qu'il

« règle par là l'étendue du pouvoir qui peut être

« accordé à l'exécuteur testamentaire, qu'elle

« soit ou non déterminée par le testament qui

« l'institue, puisqu'il statue d'une manière gé-

« nérale, sans application particulière et exclu-

« sive à l'une ou l'autre de ces circonstances.

Cet arrêt a été critiqué avec raison. D'abord il est certain, en droit, que le principe d'après lequel le mandat finit par la mort du mandant reçoit nécessairement exception, lorsque l'affaire qui en est l'objet est de nature à ne pouvoir se faire qu'après sa mort. Il est étonnant de voir trouver ce point méconnu dans un arrêt doctrinal. D'un autre côté, pourquoi la cour de Riom a-t-elle refusé de voir, dans le mandat donné à l'épouse, une exécution testamentaire? Est-ce parce que ce mandat ne rentre pas dans les exemples donnés dans l'art. 1031 du Code Napoléon? Mais de ce que cet article a signalé quelques-uns des pouvoirs qui rentrent de plein droit dans le mandat de l'exécuteur testamentaire, il ne s'ensuit pas que la volonté du testa-

[1] Brillou, *v° Exécuteur. testam.*, n° 11.

[2] Devill., 3, 2, 112.

[3] *Sur Grenier*, n° 154, t. 1, p. 698.

teur ne puisse pas étendre, suivant les circonstances, l'autorité de celui qui a toute sa confiance. L'arrêt argumente de ce que la loi ne permet pas de donner la saisine des immeubles. Nous sommes les premiers à en convenir [1]. Mais il ne fait pas attention que c'est là ne rien dire : car autre chose est la saisine des biens, autre chose le droit de les faire vendre. Comment n'a-t-il pas vu que l'exécuteur testamentaire vend les meubles, lors même qu'il n'en a pas la saisine [2], et qu'il résulte de là une preuve irrécusable que le droit de vendre n'est pas lié à la saisine? Il est vrai que la loi ne lui donne que le droit de provoquer la vente du mobilier, même quand le testament n'a pas parlé de la saisine; mais il n'est pas exact d'en conclure que le testateur ne peut pas lui conférer des pouvoirs plus étendus. Les art. 1026 et suivants sont plutôt faits pour indiquer la capacité ordinaire des exécuteurs testamentaires et suppléer au silence du testateur, que pour limiter sa puissance sur ce qui n'excède pas la portion disponible; et après tout, il serait étrange que le testateur ne pût faire vendre à son gré les biens dont il peut disposer comme il lui plaît.

2027. Au surplus, il doit être bien compris que lorsque nous nous montrons facile à admettre les extensions données par la volonté du testateur au mandat de l'exécuteur testamentaire, c'est à la condition que ce mandat ne sera pas en opposition avec les principes du droit. C'est pourquoi nous repoussons, sous le Code Napoléon, l'usage dont parle Furgole [3], qui permettait aux testateurs d'ordonner que leurs biens seraient distribués par leur exécuteur testamentaire comme bon lui semblerait, et sans désigner les personnes qui prendraient part à cette distribution. Dans la plupart des cas, cette disposition est considérée comme faite à personnes incertaines; c'est un point que nous avons examiné ci-dessus [4].

2028. Enfin, en cinquième lieu, l'exécuteur testamentaire doit rendre compte de son administration. On sait que le mandat produit deux actions : l'une directe, qui compete au mandant

pour lui faire rendre compte; l'autre contraire, qui compete au mandataire pour se faire rembourser des dépenses qu'il a faites [5]. Notre disposition est une conséquence de ce principe.

Mais l'exécuteur testamentaire est-il obligé de rendre compte, lorsque le testateur l'en a dispensé? Il faut répondre d'une manière affirmative à cette question; car la dispense de rendre compte ne sous-entend que la dispense de répondre des fautes et négligences commises dans sa gestion; mais elle ne soustrait pas à l'obligation de rendre compte du dol [6]. L'exécuteur testamentaire n'en serait pas moins tenu, s'il y avait un reliquat, d'en faire le paiement; c'est ce que tous les jurisconsultes s'accordent à décider pour le cas du tuteur que son pupille a dispensé de rendre compte. « *A reliquorum restitutione tutor non liberatur ex eo quod ei ab ipso pupillo, cui ratio reddenda est, liberatio à rationum redditione legata fuit* [7]. »

2029. Le compte doit être rendu à l'amiable, ou sinon en justice devant les juges du domicile du comptable [8]. Cependant la plupart des auteurs [9] soutiennent que, d'après l'art. 89 du Code de procédure civile, le compte doit être rendu devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte. Mais cette opinion a été repoussée avec raison par un arrêt de la cour de Paris, du 2 juillet 1839 [10].

2030. L'exécuteur testamentaire doit se charger, dans le compte, de tout ce qu'il a reçu : *ex mandato apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet, sicut nec damnum pati debet* [11]. Il doit aussi rendre compte de ce qu'il a fait contre les règles de son devoir, de ce qu'il a négligé, et de ce qu'il n'a point fait devant le faire [12].

2031. Mais s'il ne doit profiter de rien, il ne doit souffrir aucun dommage de la commission, comme nous venons de le voir, et il doit se retirer indemne, *abire indemnus*. C'est ce qui est décidé par l'art. 1034 [13]. Il peut donc se faire rembourser de ce qu'il a fait pour la libération de la succession, et de tous les frais

[1] Suprà, nos 1994 et suiv.

[2] Art. 1031. Bruxelles, 2 août 1809 (Devill., 3, 2, 1134).

[3] Ch. 10, sect. 4, n° 52. *Junge* Bouffere, arrêt du parlement de Provence, t. II, l. 2, t. I, ch. 3.

[4] Nos 544 et suiv.

[5] Colloc, l. 46, § 4, D., *De procurat.* Voy. le titre *Mandati vel contri*, au Dig. Coutume de Nivernois, *Testam.*, art. 9.

[6] Suprà, n° 257.

[7] Voet, *Ad Pand.*, *De tutel. et ration.*, n° 11. *Menochius*, *De presumpt.*, l. 4, pr. 164, n° 12. *Gomezias*, *Varior. resol.*, l. 2, esp. 12, n° 83. *Covarruvias*, *Varior.*

resol., l. 2, esp. 14, n° 4. *Voy. contr.* Ferrières sur *Paris*, 397, glose 2, n° 19.

[8] Art. 327 du C. de procéd. civile.

[9] Toullier, t. V, n° 603. *Dalloz*, ch. VIII, sect. 3, n° 35. *Ponjol*, n° 9, sur l'art. 1031. *Rolland de Vill.*, *Rep. notari.*, v° *Execut. testam.*, n° 117. *Vazeille*, n° 2, sur l'art. 1034. *Coin-Deleisle*, n° 9, sur l'art. 1031.

[10] Devill., 39, 2, 372. *Journal du Palais*, 1839, 2, 333.

[11] Paul, l. 20, D., *Mandati*.

[12] L. 11, 13, 21, *Mandati*. *Furgole*, ch. 10, sect. 4, n° 68.

[13] *Infrà*, n° 2044.

et impenses par lui faits, tels que les frais funéraires et autres semblables, à l'égard desquels la coutume du Bourbonnais [1] disait qu'il devait en être cru sur son serment, pourvu qu'il eût agi selon la coutume du lieu et la qualité du défunt [2].

Il doit aussi être indemnisé des frais qu'il a faits de bonne foi, soit en poursuivant des procès, soit en y défendant. Mais, pour cela, il faut qu'il ait dénoncé ces procès à l'héritier, si celui-ci n'en avait pas connaissance ou n'y était pas partie [3].

2032. Du reste, il ne peut prétendre à aucun salaire pour son administration; car il remplit un office d'ami, une charge purement gratuite. Le mandat doit d'ailleurs être gratuit. La loi 88, au Digeste, *De legatis*, 2^e, peut s'appliquer à l'exécuteur testamentaire, et elle contient un exemple qui confirme notre principe. On peut en dire autant de la loi 49, § dernier, au Code, *De sacrosanct. ecclesiis*, qui défend à ceux qui sont proposés pour l'exécution des dispositions pieuses, de retirer aucun profit de leur administration [4].

Remarquez, d'ailleurs, que le testateur peut,

s'il le veut, faire un legs à son exécuteur testamentaire pour le récompenser d'avance de ses soins. Mais, si le testateur n'a rien ordonné, l'exécuteur testamentaire ne peut rien prétendre.

Coquille disait, cependant [5], que le juge pouvait attribuer à l'exécuteur testamentaire une récompense arbitraire suivant la qualité de la personne, la difficulté des affaires, le temps employé, et en tenant compte aussi des facultés du défunt.

Nous croyons, cependant, que la charge de l'exécuteur testamentaire est, par sa nature, honorifique, et qu'il ne serait pas bienséant d'exiger une récompense.

2033. L'exécuteur testamentaire doit les intérêts du reliquat de son compte du jour de la mise en demeure; il peut réclamer aussi les intérêts des sommes dont la succession lui est redevable pour sa gestion, et cela, à dater de l'avance qu'il en a faite [6].

2034. L'action qui naît contre l'exécuteur testamentaire pour le compte de sa gestion est personnelle; elle n'est pas hypothécaire et ne donne pas lieu à la contrainte par corps [7].

ARTICLE 1032.

Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ne passeront point à ses héritiers.

SOMMAIRE.

2033. Quand finissent les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire.

2036. En cas de mort de l'exécuteur testamentaire, doit-on provoquer la nomination d'un nouvel exécuteur testamentaire?

2037. Lorsque le choix de l'exécuteur a été déterminé

moins par l'individu que par la qualité de la personne, les pouvoirs passent à la personne qui remplace l'individu décédé.

2038. L'exécuteur ne peut pas se substituer un remplaçant.

COMMENTAIRE.

2035. Le pouvoir de l'exécuteur testamentaire est attaché à sa personne, et il ne peut le communiquer ni le transférer à un autre [8].

De là il suit qu'il prend fin à la mort de l'exécuteur testamentaire comme tout autre mandat [9].

2036. Mais quand l'exécuteur testamentaire, qui a commencé sa gestion, vient à mou-

rir avant de l'avoir terminée, doit-on en faire nommer un à sa place d'autorité de justice?

Je erois, avec Furgole [10], qu'on doit tenir pour règle que la mort fait cesser la commission; que les héritiers de l'exécuteur testamentaire ne sont pas recevables à demander que l'exécution soit continuée par eux, parce que « *industria personæ electa est*, » et qu'on ne

[1] Art. 296.

[2] Ulpien, l. 12, § 5, D., *De religio.*

[3] Furgole, *loc. cit.*, n° 69. Toullier, t. V, n° 390.

[4] Furgole, *loc. cit.*, n° 54.

[5] Nivernois, *Testam.*, art. 11.

[6] Art. 1034 et 2001 du C. Nap.

[7] Furgole, *loc. cit.*, n° 74.

[8] Denys-Godefroy sur la l. 28, C., *De sacros. eccl.* Furgole, *loc. cit.*, n° 43.

[9] *Instit.*, *De mandatis*, § 10. Item *si*.

[10] Furgole, *loc. cit.*

doit point en nommer un à la place du décédé; mais que ce qui reste à faire doit être exécuté par l'héritier du testateur, de même que s'il n'avait jamais été nommé d'exécuteur testamentaire; car les choses reviennent aux mêmes termes par le décès de celui qui a été nommé [1].

2037. Néanmoins si, dans le choix de son exécuteur testamentaire, le défunt avait considéré la qualité de la personne plutôt que l'individu; par exemple, s'il avait nommé le doyen des notaires de telle ville, les pouvoirs passe-

raient à la personne qui remplacerait l'individu décédé; car le choix a été déterminé uniquement par la qualité qui ne meurt pas et qui passe d'individus à individus [2].

2038. Non-seulement le mandat d'exécuteur testamentaire ne passe pas à ses héritiers, mais de plus l'exécuteur ne peut pas se substituer un remplaçant, s'il n'y a été expressément autorisé par le testateur; autrement, il s'exposerait à des recours périlleux pour sa responsabilité [3].

ARTICLE 1033.

S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient accepté, un seul pourra agir au défaut des autres; et ils seront solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions, et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée.

SOMMAIRE.

2039. Un testateur peut nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires.

2040. Dans ce cas, chacun peut agir individuellement au défaut des autres.

2041. De la responsabilité des exécuteurs testamentaires.

2042. Il n'y a pas de solidarité entre les exécuteurs testamentaires, si le testateur a divisé leurs fonctions.

2043. Quand lorsque, plusieurs exécuteurs testamentaires ayant été nommés, quelques-uns d'entre eux refusent.

COMMENTAIRE.

2039. Le testateur peut, suivant les circonstances, nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires: sa volonté, à cet égard, est pleinement libre; elle doit être respectée.

2040. La nomination de plusieurs exécuteurs testamentaires n'a pas pour conséquence d'obliger les exécuteurs qui acceptent à faire tous leurs actes collectivement. Notre article décide, au contraire, que chacun peut agir individuellement au défaut des autres. C'est à peu près la règle qui est suivie en matière de société [1]. Le testateur est censé avoir demandé à chacun d'eux l'aptitude nécessaire pour agir au mieux de ses volontés. Ce n'est qu'autant qu'il a divisé les fonctions, que les exécuteurs testamentaires doivent s'abstenir d'agir les uns pour les autres, se tenant étroitement renfermés dans la limite de leurs fonctions.

2041. Ici vient la question de responsabilité des exécuteurs testamentaires; elle se décide à

la fois par les principes du droit commun et par une règle spéciale introduite par notre article. En principe, les exécuteurs testamentaires, même dans le cas où leurs fonctions ne sont pas divisées, ne sont pas responsables solidairement les uns des autres.

Il est vrai que dans l'ancien droit romain, deux mandataires préposés par la même personne étaient tenus solidairement; mais quel que soit le parti que Justinien ait pris sur ce point, ce qui est controversé par les auteurs [5], l'art 1995 du Code Napoléon se prononce contre la solidarité [6]. Il suppose que chaque mandataire n'a entendu demeurer garant que de ses propres faits. Il considère les faits de gestion comme personnels à chaque mandataire, et chacun ne répond que de ce qu'il a fait ou de ce qu'il a omis de faire, sans que le mandant puisse s'en prendre à l'autre mandataire qui n'est pas en faute. Voilà quel est le principe, et il s'ap-

[1] Nouvelle 117, sup. 1. *Jauge Grenier*, n° 334. *Dalloz*, ch. 8, sect. 4, n° 4. *Voy. contra*, *Ricard*, part. 2, n° 65.

[2] *Toullier*, t. V, n° 396.

[3] *Mon Comment. du mandat*, n° 446.

[4] *Art. 1857 du C. Nap.*

[5] *Voy. mon Comment. du mandat*, n° 493.

[6] *Loc. cit.*

plique aux exécuteurs testamentaires. Il y a cependant une exception; elle a lieu dans le cas où les exécuteurs testamentaires ont reçu le maniement du mobilier : alors les exécuteurs testamentaires sont tenus solidairement du compte à rendre de ce mobilier.

Le Code veut que lorsque les exécuteurs testamentaires sont saisis du mobilier, ils en soient tenus solidairement.

Deux raisons l'ont déterminé à prendre ce parti : la première, c'est que les exécuteurs testamentaires sont en ce cas nantis d'un dépôt ; la deuxième, c'est que la volonté des mourants a besoin de garantie, et qu'il faut assurer son exécution par une plus forte responsabilité [1].

2042. Mais si, tout en donnant la saisine du mobilier, le testateur a divisé lui-même les fonctions des exécuteurs testamentaires, et si chacun d'eux s'est tenu dans celle qui lui était attribuée, il est clair que, dans ce cas, il n'y a aucune solidarité à exercer contre eux.

2043. L'article dont nous nous occupons suppose que tous les exécuteurs testamentaires

désignés par le testateur ont accepté. Il ne parle pas du cas où quelques-uns d'entre eux seulement ont refusé. Faut-il dire alors que ce refus de quelques-uns aura pour effet d'empêcher les autres d'agir, parce que le testateur n'a peut-être placé sa confiance dans chacun d'eux qu'en considération des autres, et que les légataires n'ont plus les mêmes garanties ?

Ce serait aller trop loin : le testateur a le plus souvent nommé plusieurs exécuteurs testamentaires dans l'intérêt de ces derniers et pour rendre leur fardeau moins lourd. Il a pu être déterminé aussi par le désir de leur donner une marque de sa confiance et de son amitié. Dans tous ces cas, il n'y a pas de raison suffisante pour que le refus de l'un fasse tomber l'ensemble des combinaisons du testateur ; et il faudrait une preuve bien évidente que le testateur a exigé le concours simultané de tous les exécuteurs testamentaires nommés comme condition *sine quâ non*, pour que les exécuteurs acceptants fussent paralysés par l'exécuteur refusant.

ARTICLE 1034.

Les frais faits par l'exécuteur testamentaire pour l'apposition des scellés, l'inventaire, le compte et les autres frais relatifs à ses fonctions, seront à la charge de la succession.

SOMMAIRE.

2044. Explication.

COMMENTAIRE.

2044. La disposition de cet article se comprend facilement, et, comme nous l'avons dit ci-dessus [2], il est juste que les frais que l'exécuteur testamentaire a faits pour l'accomplisse-

ment de son mandat ne restent pas à sa charge et soient remboursés par la succession. C'est l'application de la règle : « *Nemini officium debet esse damnosum* » [3]. »

[1] Non Comment. du mandat, n° 496.

[2] Suprà, n° 2031.

[3] Calos, l. 7, D., *Testam. quem. aper.*

SECTION HUITIÈME.

DE LA RÉVOCATION DES TESTAMENTS ET DE LEUR CADUCITÉ.

ARTICLE 1035.

Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration du changement de volonté.

SOMMAIRE.

2045. Du droit de révoquer un testament. — De la clause dérogatoire.
 2046. De la révocation expresse.
 2047. De la révocation de l'institution d'héritier en droit romain.
 2048. De la révocation du legs en droit romain et dans notre ancien droit français.
 2049. Sous la loi actuelle, l'institution d'héritier est confondue avec le legs, l'un et l'autre ne peuvent être révoqués expressément que par un testament ou par un acte devant notaires.
 2050. Le testament postérieur nul, qui contient la révocation, a-t-il pour effet d'annuler le premier testament ?
 2051. Un acte olographe écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, s'il contient seulement une clause de révocation, révoque-t-il un testament antérieur ?
 2052. De la présence du notaire en second dans les actes de révocation.
 2053. Renvoi.
 2054. Qu'elles reconnaissances de dettes contenues dans un testament ? — Sont-elles révocables ?
 2055. Suite.
 2056. Suite.
 2057. Suite.
 2058. Suite.
 2059. Suite.
 2060. Suite.
 2061. La reconnaissance d'une dette contenue dans un testament révoqué peut-elle servir de commencement de preuve par écrit ?
 2062. La déclaration par testament qu'une dette a été payée est-elle révocable ?
 2063. S'il était prouvé que la reconnaissance de dette est sincère, en aucun cas alors il ne pourrait y avoir esuclité.
 2064. Circonstances desquelles on peut induire la révocation par changement de volonté.
 2065. Un testateur peut-il faire revivre un premier testament révoqué par un second, en se bornant à révoquer ce second testament ?

COMMENTAIRE.

2045. Comme la volonté du testateur est ambulatorie jusqu'au dernier moment (1), il suit qu'elle peut être modifiée, changée en tout ou en partie, ou même révoquée purement et simplement (2).

Ce droit du testateur est tellement sacré et tient d'une manière si directe à la liberté qui doit régner dans un testament, qu'il ne pourrait s'interdire d'en user : *nemo eam aubi potest legem dicere, ut à priore voluntate ei recedere non liceat* (3). Toute clause contraire à cette liberté serait donc nulle et ne lierait pas le testateur (4).

Voilà pourquoi les meilleurs auteurs reje-

taient, comme contraire aux principes, la clause appelée dérogatoire ou révocatoire, par laquelle le testateur déclarait que sa volonté était qu'aucun autre testament qu'il pourrait faire par la suite ne fut exécuté, à moins qu'il ne contint telle sentence qu'il indiquait. Ricard nous a conservé un exemple de cette clause aujourd'hui fort rare et presque inconnue (5) :

« Que s'il arrive que je fasse ci-après un autre testament que celui-ci, y étant obligé par les importunités de ceux qui tâchent d'avoir « moi bien, ce que je ne désire pas, étant raisonnable que ma sœur soit mon héritière, je « veux que ce second testament soit nul, si la

[1] Ulpien, l. 4, D., *De adm. vel transf. legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 450, n° 5.

[2] Voet, *Ad Pand.*, l. 34, t. IV, n° 1. Ricard, part. 3, n° 73. Farguis, ch. 11, n° 12 et suiv. Toullier, t. V, n° 607. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 429, n° 1, et p. 194, n° 3.

[3] Hermogénien, l. 23, D., *De legat.*, 3°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 314, n° 203.

[4] Voet, *Ad Pand.*, l. 28, t. III, n° 10. Junge Ant.

Merenda, *Controv.*, l. 4, cap. 49. Menochius, *Premumpt.*, l. 4, 166. Sande, *decis. Frisic.*, l. 4, t. I, def. 10. Fuchinée, *Controv.*, l. 4, cap. 32. Cojns, *Obseruat.*, l. 14, cap. 7. Gudelius, *De iure noviss.*, l. 2, cap. 6. Favre, *De error. pragmat.*, decod. 37, error. 7 et seq., et Cod., R. 6, t. V, def. 9, 10, 13, 14, 15. Mantica, *De conject. ult. volunt.*, l. 6, t. IV, n° 9, et l. 12, t. VIII, etc.

[5] Ricard, part. 3, n° 96.

« clause suivante n'y était inscrite tout au long : Vierge Marie, mère de Dieu, ayez pitié de moi [1]. » Les avis des différents docteurs sur la validité de cette clause avaient donné lieu à des controverses sans fin, et ce qui pis est, à une multitude de procès ruineux. Mais les jurisconsultes ennemis des routines la regardaient comme une violation des saines doctrines [2]. Aussi, l'ordonnance de 1755, qui fit tant de réformes utiles dans la législation relative aux testaments, ne manqua pas de l'abroger [3]; elle serait indubitablement sans effet sous le Code Napoléon.

2046. Notre article s'occupe de la révocation qui est faite expressément par le testateur.

Cette révocation expresse peut se faire de deux manières : ou par un testament postérieur, ou par un acte *ad hoc* passé par-devant notaires et portant changement de volonté.

2047. Dans le droit romain, où le testament comprenait deux parties distinctes, l'institution d'héritier et les legs, régis par des principes différents, on ne pouvait pas révoquer une institution de la même manière qu'un legs.

L'institution, qui constituait la solennité capitale du testament et pour ainsi dire le testament lui-même, ne pouvait être révoquée que par un testament en bonne forme : *Tum autem prius testamentum rumpitur, quàm posterius ritè perfectum est* [4].

La raison de cette loi est, suivant Ricard, qu'un testament chez les Romains était une loi particulière qui dérogeait à la loi générale sur les successions *ab intestat*, et qu'une loi ne peut être révoquée que par une autre loi. *Lex lege tollitur*. Il fallait donc qu'un testament solennel postérieur vint anéantir le premier. Toute déclaration de changement de volonté conçue dans une autre forme, dans un acte de nue volonté, ne pouvait produire cet effet : *Nihil tam naturale est quàm eo genere quicquid dissolvere, quo colligatum est* [5]. Ce principe résulte formellement de la loi 36, § 5, D., *De testamento militis*, par laquelle il en est fait application à

un vétéran qui, ayant testé *jure communi*, avait déclaré par un acte de nue volonté qu'il voulait mourir *ab intestat*. Paul décida que l'institution n'était nullement révoquée.

Aussi Doneau dit-il [6] : « *Voluntate testatoris nudè nunquàm testamentum infirmari, quantumvis ille testator dixerit se testamentum, quod fecit, valere nolle. Idque consensum est regulæ juris, quæ generaliter traditur, quibus quidque modis constituitur, eisdem et sotri in contrarium actis. Nudè voluntate non constituitur testamentum; proinde nec nudè voluntate tollitur* [7]. »

La loi 2 au D., *De injusto*, ci-dessus citée, exceptait cependant deux cas où un testament solennel pouvait être révoqué par un deuxième testament imparfait, c'est-à-dire non solennel; car ici le mot *imparfait* est employé par opposition au testament solennel, et ne signifie nullement un testament nul pour défaut de forme [8].

Ces deux cas sont : 1° lorsque le second testament est un testament militaire; 2° lorsque ce second testament, fait en présence de cinq témoins, est en faveur des héritiers *ab intestat*, tandis que le premier était en faveur d'étrangers [9].

Du reste, ce que nous venons de dire du testament militaire s'applique aussi à toute autre espèce de testament moins solennel, mais reconnu par le droit, comme le testament *inter liberos*, le testament fait à la campagne [10].

Et remarquons ici une chose sur laquelle nous nous arrêterons plus longtemps sous l'article suivant : c'est que, dans les principes du droit romain, le deuxième testament n'avait pas besoin de contenir une révocation expresse du premier. Son existence seule opérât cette révocation; car nul ne pouvait mourir avec deux testaments valables, et, comme de raison, c'était le deuxième qui prévalait.

2048. Passons maintenant à ce qui concerne les legs. On sait que l'on pouvait laisser un legs sans aucune espèce de solennité [11]. On pouvait donc aussi le révoquer sans aucune so-

[1] Voy. aussi quelques exemples dans le Code du près. Favre, *loc. cit.*, déf. 15 et passim. Pothier, *Donat.*, loc. cit., ch. 6, sect. 2, § 3. « Elle serait la clause par laquelle le testateur déclarerait par son testament qu'il veut que tout ce qu'il fera par la suite contre et outre le présent testament ne soit pas valable s'il ne s'y trouve cette sentence : *Beatus eir qui tunc Domini sum.* »

[2] Ricard, part. 3, n° 97. Furgole, *loc. cit.*, n° 30 et suiv. Voet, *loc. cit.*, n° 10.

[3] Art. 76 de l'ord. de 1755 : « Abrogeons l'usage des clauses dérogeantes dans tous testaments, codicilles et autres dispositions à cause de mort; voulons

qu'à l'avenir elles soient regardées comme nulles et de nul effet en quelques termes qu'elles soient conçues. »

[4] Ulpien, l. 2, D., *De injusto rupto*. Pothier, *Pand.*, l. II, p. 191, n° 3.

[5] Ulpien, l. 35, D., *De regul. juris*.

[6] Doneau, *Comm.*, l. 6, cap. 16, n° 3.

[7] Junge l'achinée, *Controv.*, l. 4, § 8.

[8] Furgole, ch. 11, n° 42.

[9] Voy. aussi la loi *Ille consult.*, § Si quis, C., *De testam.*, et Voet, *Ad Pand.*, *De injusto rupto*, n° 6.

[10] Voet, *loc. cit.*, n° 3. Ricard, part. 3, n° 125.

[11] *Supra*, n° 1761.

lennité, soit par écrit, soit par parole, soit tacitement; enfin, il suffisait qu'il y eût une preuve quelconque du changement de volonté [1].

Telle était la jurisprudence romaine attestée par tous les auteurs sans exception. On la suivait dans les pays de droit écrit.

Mais dans les pays de droit coutumier, où les testaments ne dérogeaient pas à l'ordre des successions *ab intestat* et ne pouvaient faire que de simples légataires, une déclaration de volonté contenue même dans un écrit privé suffisait pour prouver la révocation [2].

2049. Le Code a voulu qu'un testament ne pût être révoqué expressément que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration de changement de volonté; et, comme dans notre langage l'institution d'héritier est aujourd'hui confondue avec les legs, il s'ensuit que le legs lui-même ne peut être révoqué que de l'une de ces deux manières. Cela résulte, d'ailleurs, de ces mots : En tout ou en partie.

2050. Mais ici se présente une question fort controversée. Le testament postérieur nul, qui contient la révocation, a-t-il pour effet d'anéantir le premier testament; ou bien, étant nul dans toutes les dispositions qui tendent à gratifier, doit-on dire qu'il l'est aussi dans la clause de révocation?

Cette question ne peut faire difficulté que pour le testament notarié nul par défaut de formes. Quant au testament olographe, s'il se trouve nul, il ne peut produire aucun effet révocatoire, puisque ce n'est qu'à un acte notarié ou à un testament que la loi attribue la puissance de révocation. Si le testament est mystique et que l'acte de suscription soit nul, il reste toujours un testament olographe valable, comme nous l'avons prouvé ci-dessus [3]. La difficulté se rapporte donc tout entière au testament par-devant notaires : car, s'il est nul comme testament, du moins ne peut-il pas valoir comme acte notarié pour opérer la révocation?

Les auteurs se sont partagés sur la question. Merlin a soutenu qu'un testament nul ne peut révoquer un testament précédent [4]. Toullier s'est prononcé pour l'opinion contraire [5].

Examinons quelles raisons peuvent être invoquées sur cette question à l'appui de l'une et

de l'autre opinion, et voyons quelle est la solution que nous devons adopter ici.

Lorsque l'on discute le Code Napoléon, on convint, sur une observation de Berlier, de ne point laisser indécise la question de savoir si la révocation, contenue dans un deuxième testament nul, vaudrait comme manifestation de volonté de la part du testateur, pour anéantir le premier testament. Néanmoins aucune disposition ne fut introduite dans la loi [6].

Ceci posé, il est impossible, pour résoudre la question, de recourir aux discussions du Code ou aux commentaires des jurisconsultes qui ont pris part à sa rédaction; car ils se contrariaient de manière à ôter à leurs opinions le crédit qui leur appartient ordinairement.

Malleville veut que le deuxième testament nul vaille comme acte authentique pour donner vie à la clause de révocation [7].

Jaubert dit, au contraire, dans un discours au tribunal [8], que la révocation peut avoir lieu par un testament postérieur, pourvu qu'il soit rérété de toutes les formes prescrites et que, considéré en lui-même, il ait pu recevoir exécution.

Au milieu de ce conflit qui ajoute encore aux difficultés de l'intelligence de la loi, c'est à la jurisprudence à choisir celle des deux opinions qui est le mieux fondée.

Les lois romaines peuvent jeter de grandes lumières sur la question. Mais, pour les appliquer sainement, il ne faut pas prendre pour point de départ la question de savoir si, à Rome, un testament nul pouvait révoquer un testament précédent; car c'est un point de doctrine incontestable qu'un testament proprement dit ne pouvait être révoqué que par un autre testament revêtu des solennités requises [9]. Ce serait d'ailleurs comparer une législation où les testaments étaient considérés comme des lois avec une législation qui, malgré la faveur dont elle les environne, ne leur donne pas un caractère aussi auguste et permet de les révoquer par un simple acte notarié. La seule question qui ait une véritable analogie avec la nôtre est celle de savoir si un testament nul en la forme, peut servir de manifestation de volonté suffisante pour révoquer un legs dans les principes du droit romain : c'est ce que beaucoup de

[1] Paul, l. 36, D., *De test. milit.* Ulpian, l. 3, § 14, D., *De adm. legat.* Pomponius, l. 18, D., *De legat.*, 3^e. Favre, C., *De testam.*, defn. 29, n° 6. Furgole, ch. 11, n° 121. Ricard, part. 5, n° 125. Toullier, t. V, n° 617.

[2] Ricard, *loc. cit.*, n° 122. Pothier, *Donat. testam.*, ch. 6, sect. 2, § 1.

[3] *Suprà*, n° 1654.

[4] *Répert.*, v° *Testam.*, sect. 2, § 3, art. 2, n° 6.

Quest. de droit, v° *Révoc. de testam.* *Répert.*, v° *Révoc.* de codic. *Répert.*, v° *Révoc. de legs*.

[5] T. V, n° 620.

[6] Fenet, t. XII, p. 405. (Séance du 27 ventôse an xi.)

[7] *Anal. rais. du C. Nap.*, art. 1035. Tronchet aussi (Fenet, p. 403).

[8] Locré, t. XI, p. 473. Fenet, t. XII, p. 611.

[9] *Suprà*, n° 2047.

praticiens, qui raisonnent sur les questions sans les comprendre, n'ont pas aperçu.

On se rappelle ce que nous avons dit, qu'à Rome, les legs contenus dans un testament solennel pouvaient être révoqués sans solennité et par une déclaration quelconque du testateur (1). Cependant, si pour révoquer ces legs le testateur avait employé la forme d'un testament, la nullité de ce testament emportait-elle toujours la nullité de la révocation? Voilà la question : la solution dont elle est susceptible décidera la nôtre *in terminis*.

A entendre Toullier (2), la loi 18, D., *De leg.*, 3^e, qu'invoquaient les partisans de la « non-révocation et particulièrement Furgole (3) et « Merlin (4), n'est nullement applicable. Ces « auteurs font tenir à Bartole, dont ils invoquaient l'autorité, un langage qu'il n'a jamais « tenu. Ce grand jurisconsulte a, au contraire, « enseigné l'opinion qu'un legs révoqué par un « testament inutile n'est pas dû : enfin, c'est « dans ce dernier sens que les lois 36, § 3, D., « *De Test. milit.*, et 26, § 1, D., *De adimend. leg.*, tranchent la difficulté. »

De toutes ces assertions de Toullier, une seule nous paraît exacte, c'est que la loi 18, D., *De leg.*, 3^e, n'est pas tout à fait aussi formelle que quelques interprètes l'ont voulu. Dans l'espèce qu'elle pose, il ne s'agit pas en effet d'un second testament contenant la clause de révocation. On demande seulement au jurisconsulte l'opinion, si d'un testament postérieur nul on peut tirer une présomption tacite que le testateur a voulu révoquer les legs faits dans un premier testament valable. Pomponius se décide pour la négative, par la raison que le testateur ne peut être présumé avoir changé de volonté qu'autant que son second testament serait valable.

On voit que cette loi n'est pas aussi décisive que si le second testament eût contenu la clause formelle de révocation. Néanmoins, elle force un préjugé puissant contre l'opinion de Toullier, en prouvant que le jurisconsulte n'a pas osé voir la preuve d'un changement de volonté dans un acte nul.

Quant au reproche fait par Toullier à Furgole d'avoir cité Bartole sans l'avoir consulté, et de lui prêter un langage contraire à ce qu'il dit, voyons si ce ne serait pas, au contraire, Toullier qui pourrait encourir le reproche de condamner trop légèrement le savant et exact auteur du *Traité des testaments*. Furgole dit :

« Nous croyons avec Bartole, sur la loi 18, *De leg.*, 3^e, que les legs et les autres dispositions « contenues dans le premier testament doivent « subsister, nonobstant le second imparfait et « nul, quoique le second renferme la clause « expresse de révocation des précédents testaments, parce que cette clause de révocation « ne peut avoir d'effet qu'autant que le second « testament qui la renferme se trouve valable « et revêtu des formalités extérieures. »

Toullier oppose à Furgole ce que Bartole dit dans le n° 1 de son commentaire : savoir, que lorsque le testament révoque expressément les legs, cette révocation vaut, quoique le testament qui la contient soit inutile. « *Quum legatum « expresse adimitur... licet adimat in voluntate « inutili, non tamen debetur...* » Mais, dans ce passage, Bartole ne parle pas d'un testament nul par défaut de solennité extérieure. Il parle d'un testament inutile ; ce qui est fort différent dans la bouche d'un véritable jurisconsulte. Ce qui le prouve d'ailleurs jusqu'à l'évidence, ce sont les lois qu'il cite, et dans l'espèce desquelles la révocation se trouve contenue, non dans des testaments nuls, mais dans des dispositions faites au profit d'incapables (5).

Mais si Toullier avait porté une attention plus particulière sur le n° 4 du commentaire, il aurait vu que Furgole n'avait, en quelque sorte, fait que traduire Bartole. « *Quarro, dicit testator in secundo testamento invalido, cassans « et irritans omnem aliam voluntatem et testamentum, volens istud testamentum omnibus prævalere, an vigore omnium horum « verborum primum testamentum sit cassum, « licet secundum sit nullum. Respondeo : Cassatio restringitur secundum causam cassationis (l. 2, *De his quæ in test. de lent.*) ista « cassatio videtur facta respectu secundi testamenti, quia vult istud ultimum prævalere, « et ideo, si ultima voluntas non valeret, ista « verba, cassans, etc., nihil operantur. » Voilà bien la question telle que la pose Furgole : c'est un second testament qui contient la révocation de toutes les volontés précédentes ; mais ce second testament est nul. Que décide Bartole ? Il décide, comme Furgole, que la clause ne peut produire d'effet ; car le testateur n'est pas censé avoir changé de volonté, si le second testament ne prévaut.*

La raison de cette solution est facile à comprendre : c'est Merlin qui la donne en para-

(1) Paul, l. 36, § 3, D., *De testam. milit.*

(2) Toullier, t. V, n° 626, p. 374 et suiv.

(3) Furgole, *loc. cit.*, ch. 11, n° 40.

(4) Merlin, *Quest. de droit*, *vo Révoc. de testam.*, § 1, p. 590 et suiv., et *Réport. de jurispr.*, *vo Testam.*,

sect. 2, § 3, art. 2, p. 661.

(5) Pomponius, l. 20, D., *De adim. legat.* Ulpian, l. 36, D., *De legat.*, l^o. Pothier, *Pand.*, l. II, p. 433, n° 27.

phrasant le passage de Bartole qui vient d'être cité [1] :

« A la vérité, un legs peut, sous le droit romain, être révoqué par une simple déclaration quelconque de volonté. Mais autre chose est de révoquer par une simple déclaration. « autre chose de la faire par un testament nul. « Dans le premier cas, la volonté est manifestée par un acte qui a toute la forme dont on a voulu la révoquer : il n'en est pas de même dans le second. Il est à croire que, dans le cas où il n'observerait pas les formalités des testaments, il a voulu que ses premières dispositions subsistassent dans leur entier : il n'a révoqué que conditionnellement dans le cas où son second testament vaudrait. »

Après avoir porté contre Furgole une attaque très-peu fondée, Toullier s'égare dans l'examen de deux lois qui ne prouvent rien en sa faveur. Voici ces deux lois (on est étonné de voir un jurisconsulte aussi instruit que Toullier raisonner sur des éléments si peu concluants) :

La loi 24, § 1, D., *De adim. legat.* [2], pose le cas suivant : Un père ligue à sa fille des jardins avec leurs accessoires ; il donne ensuite, par donation entre-vifs, à sa femme quelques-uns des esclaves attachés à la culture de ce jardin. Il résultait de là une révocation expresse d'une partie du legs. Paul décide, en conséquence, que le legs est diminué, et *si non valeat donatio*. Mais il ne s'agit pas ici d'une nullité de forme qui ôte l'existence à l'acte, il s'agit d'une donation que la loi prive de ses effets à cause de l'incapacité de la donataire. Or, dans ce cas, tout le monde est d'accord que la révocation doit avoir lieu [3], malgré l'incapacité de la donataire ; l'acte muni des formes prouve toujours l'intention de révoquer : c'est donc bien mal à propos que Toullier invoque une pareille loi.

La seconde est encore moins concluante [4]. « Un vétéran fait un testament solennel, puis il déclare, par un acte de nue volonté, vouloir mourir *intestat*. Paul décide que cet acte de nue volonté ne peut révoquer l'institution d'héritier, parce que pour cela il faut un testament en règle ; mais qu'il suffit pour révoquer les legs [5]. » La raison en est que les legs, se donnant par la nue volonté, peuvent être révoqués de même. Mais rien ne prouve que cet acte de révocation par nue volonté, dont parle Paul dans cette espèce, fût destitué de

formes probantes. A la vérité, il n'avait pas la forme d'un testament, parce que le testateur n'avait pas voulu faire un testament. Mais Paul ne dit nulle autre part qu'il n'ait aucune autre forme capable de lui donner existence comme simple acte. Cette loi n'a donc aucun rapport à notre cas, et nous croyons pouvoir positivement assurer qu'il n'en est aucune qui favorise le système de Toullier. Sans doute, c'est une maxime incontestable que l'on peut tirer d'un acte nul la preuve d'une volonté. « *Dici solet etiam ex actu nullo colligi voluntatem* [6]. » Mais cette maxime, tirée des lois ult., D., *De reb. ear. qui sub tutelâ*, etc., loi 20, *De adimend. leg.* et 35, *De leg.*, 1^{re}, n'est applicable qu'an cas où la nullité de l'acte provient, non d'un vice de forme extérieure et probante, mais d'un vice de capacité. Si c'est un vice de forme qui infecte l'acte, et surtout l'acte testamentaire, cet acte ne prouve rien : il ne contient pas même la preuve d'une nue volonté. En voici un exemple qui nous paraît très-fort. Le legs et le fidéicommiss pouvaient se faire *nuda voluntate* chez les Romains, comme nous l'avons dit tant de fois. Supposons maintenant qu'un légataire, gratifié dans un testament nul, eût voulu réclamer le paiement de son legs, sous prétexte qu'il y avait preuve de la nue volonté du testateur et que cette nue volonté lui suffisait. Voici ce que Paul lui eût répondu : « *Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa Imperatores vindicant, inretrahendum est; decet enim tantæ majestati, eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur* [7]. » La raison qu'en donne Pothier est qu'à la vérité un legs peut être laissé sans testament, et *nuda voluntate*, mais que du moment que ce legs est contenu dans un testament, il dépend de la validité de cet acte. « *Verum si testamento continentur, pendunt à jure testamenti in quo continentur*. » Telle est aussi la décision de la loi 11, § 1, D., *De legat.*, 3^e [8], et de la loi 29, D., *Qui test. facere possunt* [9].

Il n'y a donc pas de principe plus certain que celui qui veut qu'un testament nul en la forme ne puisse pas plus produire d'effet pour détruire que pour créer une disposition : il est réduit *ad non esse*. Le droit romain en donne la preuve à chaque pas, et le Code Napoléon le décide expressément dans l'art. 1001 [10].

Nous n'ignorons pas, au reste, que plusieurs

[1] Merlin, *Répert.*, de jurispr., v^o *Testam.*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 661, col. 2.

[2] Pothier, *Pand.*, t. II, p. 430, n^o 7.

[3] C. Nap., art. 1037.

[4] Pothier, *Pand.*, t. II, p. 231, n^o 38.

[5] D., l. 36, § 3, *De testam. milit.*

[6] Favre, C., *De testam.*, défin. 16, n^o 10, et défin. 17, n^o 19.

[7] D., l. 23, *De legat.*, 3^e.

[8] Pothier, *Pand.*, t. II, p. 231, n^o 38.

[9] Pothier, *Pand.*, t. II, p. 179, n^o 48.

[10] Voy. *supra*, n^o 1740 et suiv.

jurisconsultes ont étendu la maxime *ex actu nullo solet colligi voluntatem*, même au cas où l'acte est nul par défaut de forme. Mantica a recueilli leurs opinions à cet égard [1]; mais, en admettant cette extension peut-être outrée, les jurisconsultes qui s'y sont rangés sont d'accord sur ce point, que si un acte nul par défaut de forme peut servir à soutenir, à expliquer ou à interpréter une disposition, il ne peut jamais servir à la détruire. « *Sciendum est etiam, quod ex actu nullo non sumitur presumptio ad destruendam, sed ad sustinendam testatoris voluntatem, ut loquitur l. ult. De reb. eor. qui sub tut. sunt, et ridiculum est dicere quod ex verbis inutiliter adjectis voluntas testatoris declaretur ad infirmendam expressam ejus dispositionem* » [2]. »

Que deviennent maintenant les raisonnements de Toullier? Ils sont réfutés par les principes les plus purs du droit, par la raison elle-même qui veut que ce qui est nul ne puisse renverser ce qui existe. Il cite à l'appui de sa doctrine Vinnius [3] et Pothier [4]. Mais nous lui opposons Perezius [5], Voet [6], Mantica [7], Furgole [8], Merlin [9] et autres. Nous lui dirons : Le testateur avait deux moyens pour révoquer expressément son testament. Il pouvait consigner sa volonté dans un second testament, ou bien dans un acte révocatoire *ad hoc* fait devant notaires; il a choisi la forme minutieuse et périlleuse du testament. Il faut donc juger de sa volonté d'après la forme qu'il a préférée, et non en convertissant l'acte de son choix en un acte dont il a refusé de se servir, et qui n'est pas compatible avec la nature des testaments. Il a voulu disposer à cause de mort et avec les solennités attachées à ce genre de disposition; comment pourrait-on vouloir changer sa volonté en acte entre-vifs? Si dans la convention, un acte notarié qui se trouve souscrit par les parties,

vaut cependant comme acte sous seing privé, c'est que l'une et l'autre forme conviennent également à ce qui fait l'objet du contrat; on peut indifféremment contracter par acte public et par acte sous seing privé. Mais il serait contraire à tous les principes de convertir une disposition à cause de mort, qui ne subsiste que par un concours de solennités particulières, en acte notarié proprement dit, parce que cet acte notarié ne peut, dans aucun cas, être propre à révoquer une disposition à cause de mort [10].

Du reste, notre opinion est sanctionnée par l'immense majorité des arrêts [11].

2051. On demande si un acte olographe écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, peut révoquer un testament précédent, lorsque cet acte olographe ne contient autre chose qu'une clause de révocation, et que celui qui y a recours n'a fait aucune distribution de son patrimoine.

La raison de douter, c'est que les testaments valables ne peuvent, d'après notre droit, être révoqués par des actes sous seing privé, à moins que ce ne soit par un testament olographe, et qu'il parait difficile de qualifier testament un acte qui ne contient aucune libéralité à cause de mort.

Mais la raison de décider est que l'acte olographe dont il s'agit est un véritable testament, puisqu'il appelle les successeurs *ab intestat* : « *Tunc videtur instituere venientes ab intestato*, » dit Bartole sur la loi 18, *De leg.*, 3^e. C'est aussi ce que dit Voet à peu près dans les mêmes termes [12]. A la vérité, l'institution n'est pas formelle quant à l'expression; mais elle l'est quant à l'intention. Il était inutile que le testateur dit qu'il appelait ses successeurs *ab intestat*, puisque cela avait lieu de plein droit par l'effet de la révocation [13].

2052. Lorsque la déclaration de révocation

[1] Mantica, *De conj. ult. vol.*, t. 3, l. XX, n° 3.

[2] Mantica, *loc. cit.*, n° 6.

[3] Vinnius, *Instit.*, *De adempt. legat.*

Nous devons dire qu'on pourrait contester que Vinnius ait l'opinion que lui prête Toullier. Ce jurisconsulte dit à la vérité : « *Omnia assensio Bartola posse legatum, opposita exceptione doli sumoveri, etiam si imperfecto testamento legatum ademptum esse proponatur*. » Mais que veut dire le mot *imperfectum*? Il ne signifie pas toujours un testament nul; il veut dire aussi très-souvent le testament qui, quoique privé des solennités capables de le faire valoir *jure civili*, est revêtu de certaines formes capables de le faire valoir dans quelques circonstances, à cause du privilège du testateur ou de celui des héritiers institué (Furgole, *Traité des testaments*, eb. 11, n° 42). En prenant dans ce sens le mot *imperfectum*, Vinnius est tout à fait d'accord avec la manière dont nous avons interprété Bartole.

[4] *Traité des donations testam.*, ch. 6, sect. 2, § 1, p. 347.

[5] Instit., *De adempt. leg.*

[6] *De adim. leg.*, n° 5.

[7] *De conj. ult. vol.*, t. 12, l. II, n° 22.

[8] *Loc. cit.*

[9] *Loc. cit.*

[10] Voy. *supra*, n° 1193, 1506.

[11] Poitiers, 29 août 1806 (Devill., 2, 2, 170). Turin, 4 avril 1807 (Devill., 2, 2, 221). Limoges, 8 juillet 1808 (Devill., 2, 2, 412). Limoges, 25 mars 1809 (Devill., 3, 2, 43). Aix, 20 avril 1809 (Devill., 3, 2, 36). Turin, 19 mars 1810 (Devill., 3, 2, 251). Cour de cassat., 4 novembre 1811 (Devill., 3, 1, 418). Cour de cassat., 20 février 1821 (Devill., 6, 1, 383). Toulouse, 12 août 1831 (Devill., 32, 2, 386). Aix, 3 avril 1834. Cour de cassat., 2 mars 1836 (Devill., 36, 4, 174). Bordeaux, 25 août 1832 (Devill., 32, 2, 16).

[12] *De rupto, injusto irritato fact. test.*, n° 1. l. 1, § *antepr.*, D., *Unde liberi*.

[13] Furgole, *loc. cit.*, n° 98, p. 231. Domat, liv. 3, l. 1, sect. 3, n° 12, à la note. Grenier, *Traité des donat.*

de testament est faite par acte devant notaires, elle doit contenir les formes des actes notariés; sans cela elle est nulle et ne peut produire d'effet : « *Quod nullum est nullum producit effectum.* » C'est par application de ce principe que la jurisprudence a déclaré nul un acte de révocation reçu par un notaire en l'absence de l'autre (1). Cette condition de la présence du notaire en second est du reste formellement exigée aujourd'hui par la loi du 21 juin 1843, et la question ne saurait désormais être agitée (2).

Il résulte de l'esprit de cette loi qu'un acte notarié révocatoire d'un testament ne pourrait être passé en brevet, ainsi qu'on a essayé de le soutenir, sous l'empire de la loi de ventôse (3) : ce serait méconnaître l'importance que la loi de 1843 attache aux formalités des révocations de testament.

2053. Mais que devrait-on décider, si la révocation d'un testament était contenue dans une donation qui n'aurait pas été acceptée?

Cette question se résout par des notions que nous développerons dans notre commentaire de l'article 1038 (4).

2054. Il arrive quelquefois qu'on trouve dans un testament des dispositions qui, si elles étaient contenues dans d'autres actes, seraient irrévocables, comme des reconnaissances de dettes. Or, on s'est demandé si par cela seul qu'elles sont contenues dans un testament, elles sont révocables.

C'est là une question qui a été diversement résolue et que nous allons examiner (5).

2055. Mais d'abord, occupons-nous d'un premier point sur lequel il importe, avant cet

examen, d'être bien fixé. Recherchons si l'on peut mêler dans un testament des actes contractuels et par cela même irrévocables. Plusieurs interprètes et la glose de Godefroy sur la loi 2, § dernier au Digeste. *Qui testamenta facere possunt*, veulent qu'on puisse mêler des contrats dans un testament, et que ces dispositions non-seulement n'annulent pas le testament, mais encore qu'elles soient irrévocables (6).

D'autres, comme Julius Clarus (7), distinguent les contrats qui sont absolument étrangers au testament, d'avec ceux qui n'y sont pas étrangers. Il semble que les premiers ne peuvent pas être faits dans un testament, mais que les seconds peuvent y trouver place.

D'autres, enfin, tiennent indistinctement qu'on ne peut mêler dans un testament des dispositions irrévocables (8).

Suivant les principes du droit romain, si rigoureux sur les privilèges des testaments et sur leurs solennités exceptionnelles, il n'y a pas de doute que ce dernier sentiment ne soit le meilleur. La raison en est que le testament doit être fait *uno contextu*, par conséquent sans mélange de contrats; le contrat est d'un ordre tout différent, et il ne peut être associé à cette loi suprême que déclare solennellement le testateur dans sa liberté et souveraineté. C'est pourquoi Ulpien disait : *Verba contrahendi, gesserunt, non pertinent ad ius testandi* (9).

Mais ceci n'était pas un obstacle, suivant Voet (10), à ce que le testateur insérât dans son testament une reconnaissance de dette ou autres actes analogues qui ne sont pas synallagmatiques et dépendent de la seule déclaration du disposant (11).

part. 2, ch. 4, n° 362, t. 1, p. 397 et 398. Toullier, t. V, n° 633, p. 384. Merlin, *Repert. de jurispr.*, v° *Revoc. de codicille*, § 4, n° 1, t. XVII, p. 328. Duranton, t. IX, n° 431, p. 413 et suiv. Dalloz, *Dispos. entre-vifs et testam.*, ch. 9, sect. 1, art. 1, n° 13. Poujol sur l'article 1035, n° 5. Coin-Delisle, sur l'art. 1035, n° 7. Cour de Paris, 5 juillet 1813 et sur le pourvoi, Cour de cassat., rej., 17 mai 1814 (Devill., 4, 1, 363). Cour de cassat., rej., 7 juin 1832 (Devill., 32, 1, 342). Colmar, 22 juin 1831 (Devill., 32, 2, 31). Bordenas, 27 mars 1846 (Devill., 46, 2, 324). Voy. contr., Delvincourt, n° 2, sur la p. 101; t. II, p. 377. Bugnet sur Pothier, *Donat. testam.*, p. 308, n° 2.

(1) Toulouse, 28 novembre 1825 et sur le pourvoi. Cassat., rej., 24 avril 1828 (Devill., 9, 1, 85). Lyon, 23 février 1836 (Devill., 36, 2, 226). Cassat., rej., 7 mai 1839 (S., 39, 1, 355).

(2) Art. 2. « A l'avenir, les actes notariés contenant donations entre-vifs, donations entre époux pendant le mariage, révocation de donation ou de testament, reconnaissances d'enfants naturels et les procurations pour consentir ces divers actes, seront, à peine de nullité, reçus conjointement par deux notaires, ou par un notaire en présence de deux témoins. La présence du notaire en second ou des deux témoins n'est requise

qu'au moment de la lecture des actes par le notaire et de la signature par les parties; elle sera mentionnée à peine de nullité. »

(3) Coin-Delisle sur l'art. 1035, n° 4.

(4) N° 2091 et suiv.

(5) *Supra*, n° 728 et n° 1973.

(6) Mautius s'exprime ainsi, en citant Baldus : « ... Et Baldus (in t. fin., *De reb. eorum qui sub talis sunt*) « *prociat adnotat, si testator in testamento facit contractus, irritis factis testamentis non propter irritos fieri contractus.* » Mautius avait dit auparavant : « *Quoniam contractus non videtur ex testamento pendere, sed sua virtute subsistere, neque indiget auctore testamenti ut valent.* » (T. XV, n° 10.) Voy. encore d'autres passages du même ouvrage de Mautius, liv. 3, t. XVIII, n° 11 et 12, et liv. 8, l. 1, n° 36.

(7) § *Testam.*, quest. 75.

(8) Fargole (*loc. cit.*, ch. 11, n° 48), cite Viglius sur le § *Sed cum pontificum, Instit.*, *De testam. ordin.*, v° *Uno contextu*. On peut ajouter Voet sur le tit. *Qui test. facere possunt*, n° 4.

(9) Ulpien, L. 20, D., *De eerb. signif.*

(10) *Qui test. facere poss.*, n° 4. Junge Marcellus, l. 20, D., *De donat.*

(11) « *Nec huic repugnat*, ajoute Voet, *quod pignus tes-*

Il nous paraît difficile de répondre à ces raisons, et nous ne comprenons pas comment Ricard peut se dire l'avocat des principes, en enseignant une doctrine contraire [1].

Mais la question est moins susceptible de controverse aujourd'hui; car l'obligation de rédiger le testament sans diverir à d'autres actes n'est imposée que pour l'acte de suscription du testament mystique [2]. Dans le testament olographe [3], et le testament nuncupatif [4] devant notaires, elle n'est pas requise. Il semble donc que rien ne s'oppose à ce qu'un contrat tel qu'un dépôt, un mandat, ou même une donation entre-vifs ne se trouve mêlé à un testament et qu'un tiers ne puisse y intervenir pour rendre ces actes parfaits par son acception. C'est ce que nous avons vu ci-dessus [5].

Il faut même ajouter, en ce qui concerne la donation, que si l'acte était nul comme testament, mais qu'il fût revêtu des formalités constitutives d'un acte public, il vaudrait comme donation : *utile non vitatur per inutile*; parce que, encore une fois, la donation, étant tout à fait distincte du testament et devant être séparée, aurait toujours les solennités extérieures des actes notariés, s'il lui manquait cette surabondance de précautions prises pour les testaments. C'est ainsi que chez les Romains un testament *in scriptis*, nul comme tel, valait comme nuncupatif, si la solennité de la nuncupation y avait été observée [6]. C'est ainsi que, sous le Code Napoléon, un testament mystique, nul comme tel, peut valoir comme olographe s'il est en entier écrit, daté et signé de la main du testateur [7]. Ceci n'est pas contraire à ce que nous avons dit ci-dessus, que la clause de révocation, contenue dans un testament nul, ne peut valoir quand même l'acte aurait les formes d'un acte notarié; car cette clause de révocation est une disposition à cause de mort, puisqu'elle se trouve consignée dans un acte de dernière volonté, puisqu'elle est ambulatorie et qu'elle est subordonnée à la condition si le testament qui la contient vaut. Or, les formes des actes notariés ordinaires ne peuvent convenir aux dispo-

sitions de dernière volonté. Mais ici, il s'agit d'une donation qui, quoique par une bizarrerie singulière insérée dans un acte à cause de mort, ne perd pas sa qualité d'acte entre-vifs irrévocable, et emporte sur-le-champ dessaisissement. Donc, si la forme des actes entre-vifs subsiste, quoique les formalités propres aux testaments n'aient pas été observées, la donation sera bonne.

2056. Après avoir posé qu'un contrat peut trouver place dans un testament, et qu'il est irrévocable, voyons si une reconnaissance de dette qui se trouve dans un testament révoqué est également révoquée, ou si elle doit subsister.

Une reconnaissance de dette contenue dans un testament n'est pas un contrat, comme dit Voet [8], et il ne faut pas la confondre avec les reconnaissances contractuelles de dettes dont nous nous sommes occupé aux nos 728, 729. Elle dépend de la seule volonté du testateur; elle est, par conséquent, révocable jusqu'au dernier moment, parce que la volonté du testateur est ambulatorie; par cela seul qu'elle est contenue dans un testament, on suppose qu'elle n'a d'autre effet que *in vim legati vel fideicommissi* [9], que le testateur, ayant simplement l'intention de gratifier, a coloré son legs du prétexte d'une dette, pour le rendre plus recommandable [10]; en un mot, comme le dit Cujas [11], *in dubio presumitur testator quasivisse praelestum legato... Igitur, ex hac scriptura legati* (il veut parler d'une disposition qui contient confession de dette dans un testament) *non est actio quasi ex debito quod non est; sed erit actio ex legato, nisi scilicet haec probet evidenter testatorem non habuisse animum legandi: in dubio videtur quasivisse praelestum legato*. Cette présomption posée par Cujas est érigée en règle par tous les auteurs, Bartole, Balde, Mantica, Voet; tous les docteurs conjecturaux ou autres sont d'accord pour le proclamer. Il est inutile de faire remarquer que Cujas parle ici du cas où la confession est faite au profit d'une personne capable de recevoir par legs, et que, même dans cette hypothèse, il veut que la présomption soit que la confession est plutôt un legs que la re-

« *testamento constitui possit, necnon depositi confessio recte a testamento fit.* » (Ulpian, l. 26, *De pignor. action.* Scævola, l. 37, § 3, *De legat.*, 3°). « ... *Sciendum enim, neque pignus, quod testator credidit suo constituit in a crediti securitatem, contractum esse; cum ex solius testatoris voluntate etiam ignoranti creditori nascatur; neque... depositi confessionem esse actum a testamento alienum, sed itidem fieri solo testatoris arbitrio, quod ad vim suam mutabile est.* »

[1] Part. 3, nos 107 et suiv.

[2] Supra, no 1631.

[3] No 1471.

[4] No 1367.

[5] Voy. ce que nous avons dit ci-dessus sur le dépôt mêlé à une donation manuelle, no 1052.

[6] Supra, no 1634.

[7] No 1054.

[8] Loc. cit.

[9] Voy. supra, no 728, et le passage cité de Voet, *Ad Pand., De confessis*, no 9, où cet auteur dit que la confession d'une dette faite par testament ne suffit pas pour rendre débiteur, mais que ce qui est contraire est dû à titre de fideicommiss ou de legs. Scævola, l. 88, § 10, D., *De legat.*, 2°. Scævola, l. 28, § 13, D., *De lib. legat.*

[10] Ricard, loc. cit. part. 3, ch. 2, sect. 1, no 108.

[11] Sur la l. 88, § 10, D., *De legat.*, 2°.

connaissance d'une dette réelle. Toulhier n'a pas fait preuve d'exactitude en citant la règle de Cujas : « *In dubio presumitur testator, etc.* », de manière à faire entendre qu'elle ne s'applique que lorsqu'il s'agit d'un incapable.

Or, si la confession d'une dette est présumée constituer un legs jusqu'à preuve contraire [1], nous devons dire qu'une reconnaissance de dette contenue dans un testament révoqué est elle-même révoquée [2]. Et qui ne voit d'ailleurs la grande différence qu'on doit mettre entre une reconnaissance faite dans un testament que le testateur peut détruire aussitôt après l'avoir fait, et une reconnaissance de dette contenue dans un acte entre-vifs, irrévocable de sa nature, destiné à servir de titre au créancier [3] ?

Supposons cependant, contre toute vraisemblance, que la reconnaissance d'une dette contenue dans un testament ne doive pas être présumée une libéralité, et qu'on doive céder plutôt à la présomption que personne n'est censé se reconnaître débiteur quand il ne l'est pas. Nous soutiendrions encore que cette reconnaissance, tant qu'elle n'aura pas été acceptée par le créancier, ne pourra faire un titre irrévocable en sa faveur ; car ce que le testateur a fait sans son concours, il pourra le défaire de même. Ayant fait le choix d'un genre d'acte révocable pour faire cette reconnaissance, il est censé s'être réservé le droit de révoquer. D'ailleurs *nuda ratio non facit aliquem debitorem* [4]. Cette règle est générale, et l'on comprend que si elle ne l'était pas, rien ne serait plus facile, pour un testateur, quo de porter atteinte à la quotité disponible par des libéralités déguisées sous la forme de confessions de dettes. Cela est si vrai que lors même que la confession d'une dette a été faite dans un acte entre-vifs, elle ne fait pas preuve lorsqu'elle a eu lieu en l'absence du créancier. C'est ce qu'enseigne Favre [5] : « *Nec ea res esse potest extrajudicialis confessionis, quæ absente parte facta sit, ut obligatio plenam probationem faciat.* » Combien, à plus forte raison, lorsqu'elle est faite dans un testament !

2037. Pour corroborer de plus en plus la doctrine qu'une confession de dette contenue dans un testament révoqué est également révoquée, nous citerons le Code du président Favre [6] et l'arrêt du sénat de Chambéry qui y est rapporté. Il s'agissait d'un testament dans lequel Titius avait institué Mævius son héritier,

en disant qu'il faisait cette institution parce que la mère de lui, testateur, l'avait chargé d'un fidéicommiss de tous ses biens au profit dudit Mævius. Titius révoqua par la suite ce premier testament et institua un autre individu. On demanda, après la mort du testateur, si la confession, contenue dans le premier testament révoqué, pouvait avoir eu l'effet de conférer à Mævius un droit de fidéicommiss irrévocable sur les biens maternels de ce même testateur. On faisait valoir que, dans l'intervalle des deux testaments, Titius avait mis Mævius en possession de ces biens ; que la mère de Titius avait été comblée de bienfaits par Mævius ; que la confession devait faire preuve parce qu'elle était exempte de fraude ; on soutenait que la confession du testateur faite dans son testament devait faire preuve contre lui, si *nihil in contrarium probetur*, d'après Balde [7]. On disait que cette confession était devenue irrévocable par l'acceptation. Favre avoue que ce système ne lui paraissait pas sans fondement, *eoque sententia mihi non improbabilis videbatur* ; car, dit-il, je conçois bien qu'on puisse révoquer une volonté qui a dépendu de nous, qui est entièrement à nous, *ea quæ à reocantia voluntate pendent*. Mais il n'en était pas de même dans le fidéicommiss en question ; dès que la mère du testateur l'en avait chargé, il ne lui appartenait plus de s'y soustraire. Il ne pouvait plus se repentir, sans cause, d'une confession qu'il avait faite pour décharger sa conscience, d'autant plus qu'il avait mis le fidéicommissaire en possession. Mais le sénat ne pensa pas ainsi : il déclara la confession révoquée, *Ado totâ ratione motus quod, revocato per posterius priore testamento, à totâ voluntate recessisset, eufus etiam dixerat se penitere : quasi confessio illa fideicommissi magis donandi animo, quam gratiâ explenda fidei facta videretur ; sunt enim semper suspectæ hujusmodi confessiones*. Quant à la raison qu'on tirait de la mise en possession de Mævius, on y répondait en disant que, puisque le but du testament était de déléguer l'hérédité, on ne pouvait tirer aucune conséquence d'une délivrance faite à une époque où l'hérédité n'était pas encore ouverte, et présumer que le testateur avait voulu préférer Mævius à l'héritier institué dans le second testament.

Quelle que soit l'opinion que l'on se fasse sur la manière dont le sénat de Chambéry a envisagé l'acceptation, acceptation qui, dans l'espèce,

[1] Aix, 8 juin 1815 (Devill., 4, 2, 335). Paris, 7 février 1852 (Devill., 32, 2, 339). Dijon, 20 juillet 1832 (Devill., 33, 1, 691).

[2] Bastia, 10 mai 1825 (Devill., 7, 2, 210).

[3] Toulhier, t. V, n° 637, p. 591.

[4] Pomponius, l. 26, D., De donat.

[5] C., l. 4, l. II, def. 4.

[6] L. 6, l. V, def. 17.

[7] Balde sur la l. I, C., De falsis rousd adj. legat., v° Quam testator dixit.

pouvait ne pas exclure les circonstances frauduleuses, il est certain que les principes qui sont relatifs à la révocabilité des confessions de dettes faites purement et simplement par testaments et sur lesquels s'est appuyé le sénat de Savoie, sont à l'abri de toute critique [1].

2058. Observons ensuite que si ces sortes de confessions de dettes étaient considérées comme irrévocables, on pourrait facilement s'en servir pour faire revivre, sous une autre forme, les clauses dérogatoires, et enchaîner la volonté du testateur qui doit être libre jusqu'au dernier moment. La suggestion s'en emparerait pour arracher des libéralités sous le titre de confessions de dettes [2].

2059. Il y a des cas, cependant, où la reconnaissance de dette consignée dans un testament n'est pas révoquée par le testament postérieur. Le premier a lieu, suivant Furgole, lorsque celui qui se prétend créancier prouve la cause de la dette par quelque genre de preuve autre que la confession du testateur. Mais alors ce n'est plus en vertu du testament qu'il a un titre irrévocable, c'est plutôt en vertu de l'obligation dont il a prouvé l'existence.

Les autres cas se présentent, suivant Toullier, lorsque le testateur a exigé que celui en faveur de qui il se prétend débiteur intervint au testament pour accepter cette reconnaissance, ou lorsqu'il ordonne qu'il soit délivré au créancier absent un double de cette reconnaissance [3]. Cependant l'héritier pourrait demander à prouver que la dette n'est pas réelle [4].

2060. Dans ces cas, la reconnaissance d'une dette dans un testament ne serait pas un titre du vivant du testateur, en vertu duquel le créancier reconnu put agir contre le testateur; car un testament ne peut produire d'effet qu'après la mort du testateur. Valère Maxime [5] nous a transmis à ce sujet un procès célèbre. Visellius Varron, atteint d'une grave maladie, se reconnut débiteur d'une somme considérable au pro-

fit d'Octacilia, avec laquelle il entretenait un commerce illicite. Il échappa au danger qui le menaçait et recouvra la santé au grand déplaisir d'Octacilia, qui craignit de voir évanouir, par ce rétablissement, ses espérances de fortune. Abandonnant tout à coup le rôle d'une amante soumise, pour prendre celui de femme cupide qui lui convenait mieux, elle eut l'impudence de demander à Visellius Varron le paiement de la dette qui ne faisait, au fond, que colorer un legs. Mais Calus Aquilius, magistrat aussi recommandable par son caractère que par son savoir, rejeta la demande d'Octacilia.

2061. Les anciens auteurs ont agité la question de savoir si la confession d'une dette contenue dans un testament révoqué pouvait, du moins, servir de commencement de preuve par écrit, et ils se sont décidés pour l'affirmative [6]. Toullier [7] et Merlin [8] embrassent aussi cette opinion. Il est, en effet, difficile de ne pas s'y rendre : car l'art. 1347 appelle commencement de preuve par écrit, tout acte écrit émané du débiteur et qui rend vraisemblable le fait allégué [9].

J'observe toutefois que, d'après Toullier, la reconnaissance ne doit servir de commencement de preuve par écrit qu'autant qu'elle est faite au profit d'une personne capable [10]. Mais pourquoi donc l'incapable ne pourrait-il pas s'en prévaloir aussi ? Un n'en voit pas la raison, et je crois, avec Merlin, que cette proposition est une erreur de Toullier [11]. Seulement on peut dire que le juge se montrera plus difficile sur l'admission de la preuve [12].

2062. Ce que nous avons dit d'une disposition testamentaire qui contient une reconnaissance de dette doit s'appliquer, par identité de raison, à la disposition par laquelle le testateur déclare qu'une dette, qu'il avait sur quelqu'un, lui a été payée par cet individu. Mantica décide que cette déclaration est révocable, à moins

[1] Voy. *supra*, n° 2036, les arrêts d'Aix, de Paris et de Dijon. Voy. aussi Merlin, *Repert. de jurispr.*, v° *Testam.*, t. XVII, p. 801.

[2] Nous avons lu quelque part (conclusions de l'avocat général Enjalbal, rapportées par Dalloz, t. XXV, part. 2, p. 30) que tous les auteurs qui ont écrit avant le Code s'accordaient à dire que la déclaration de dette contenue dans un testament n'est pas révoquée par un testament postérieur (Nîmes, 9 décembre 1822, Dalloz, 25, 2, 30). Cette assertion nous a surpris; car les jurisconsultes les plus distingués sont au contraire d'avis unanime que les confessions de dettes faites par testament sont essentiellement révocables. Voy. notamment Furgole, *Traité des testam.*, ch. 11, n° 48 et suiv. Ricard, *loc. cit.*, part. 3, ch. 3, sect. 1, n° 111. Boniface, *Arrêts de Provence*, t. II, liv. 1, l. 15, ch. I. Bretonnier sur Henry, n° 31, ch. 1, quest. 6, après avoir été d'avis

de l'irrévocabilité dans sa 1^{re} édition, s'est rétracté dans sa 2^e, et a soutenu que la confession était révocable. Merlin, *Repert. de jurispr.*, t. XVII, p. 808, col. 1 *in fine*.

[3] Toullier, t. V, n° 637.

[4] Pothier, *Donat. testam.*, ch. 6, sect. 2, § 36, n° 306.

[5] Valère Maxime, l. 8, ch. 2, n° 2 (édit. Paenkeonck, t. III, p. 123).

[6] Furgole, ch. 11, n° 48. Ricard, part. 3, n° 114.

[7] T. V, n° 637.

[8] *Repert. de jurispr.*, v° *Testament*, t. XVII, sect. 3, § 6, p. 809 *in fine*.

[9] Arrêt du Psa. 15 juillet 1822 (Devill., 7, 1, 420).

[10] T. V, n° 637.

[11] *Loc. cit.*, p. 810, col. 1.

[12] Voy. *supra*, n°s 728 et 729.

qu'elle n'ait été acceptée par le débiteur, et que par ce moyen elle n'ait obtenu la force d'un contrat [1].

2063. Du reste, s'il venait à être prouvé que la reconnaissance de dette est sincère et que le défunt était réellement obligé, comme il ne s'agirait plus ici d'un legs, la disposition ne serait pas caduque par le prédécès de celui en faveur de qui aurait été faite la reconnaissance de la dette. Il faudrait appliquer ici, non les règles des testaments, mais celles des contrats [2].

2064. Lorsque la loi dit qu'un testament ne peut être révoqué que par un acte postérieur portant changement de volonté, elle autorise toutes les conjectures et présomptions desquelles on peut irrésistiblement tirer la conséquence que le testateur n'a pas voulu persévérer dans sa première résolution [3]. Nous n'hésiterions donc pas à regarder comme contenant un changement de volonté l'acte notarié par lequel le testateur déclarerait qu'il a été forcé, par la crainte et par la violence, à faire son premier testament. Dire que ce testament est infecté du plus considérable de tous les vices, n'est-ce pas le révoquer implicitement [4]? A la vérité, Bartole [5] enseigne une doctrine qui peut paraître contraire; mais ce jurisconsulte écrivait suivant le droit romain, qui ne permettait de révoquer un testament que par un testament [6]. Aussi donnait-il pour raison qu'un testament parfait ne peut être infirmé par une déclaration de nue volonté. Mais on sens qu'il doit en être autrement sous le Code Napoléon, où la loi permet de révoquer un testament par un acte devant notaire, quoique cet acte ne soit qu'un acte de simple volonté.

2065. Un testateur peut-il faire revivre un premier testament révoqué par un second, en se bornant à révoquer ce second testament?

La négative est généralement adoptée; la révocation du second testament ne suffit pas pour faire revivre le premier; il faut qu'en outre le testateur manifeste formellement qu'il entend réhabiliter le premier testament précédemment révoqué [7].

Cependant un arrêt de Grenoble [8] a jugé que le testament révoqué par un testament postérieur reprenait son existence, par cela seul que le testament révocatoire se trouvait révoqué. Mais de nombreuses décisions ont été rendues en sens contraire à cette doctrine, et avec grande raison. N'y a-t-il pas témérité, en effet, à supposer qu'une simple révocation a nécessairement pour but, dans la pensée du testateur, de valider un ancien testament qu'il a peut-être oublié? Une seule chose doit être réputée certaine dans ce fait de révocation de la part du testateur, c'est que le testateur qui s'est borné à faire cette révocation a voulu enlever la succession à l'héritier institué. Aller au delà, sous prétexte de pénétrer dans sa pensée, c'est aller trop loin. Et il n'y a aucune raison pour supposer qu'il a révoqué plutôt pour faire revivre le premier testament, que pour attribuer sa succession à ses héritiers *ab intestat*.

Loin de nous pourtant la prétention de vouloir faire considérer le premier testament comme anéanti, ainsi que, dans un système trop extrême, on a cherché à le soutenir. Nous ne confondons nullement ici la révocation et la nullité qui sont deux choses bien distinctes et qui ont des effets bien opposés. Mais nous dirons avec le droit romain, l'ancienne jurisprudence, la doctrine et la jurisprudence actuelles, qu'un testament révoqué n'en est pas moins pour cela un acte certain, un acte réel, un acte propre à recevoir toute son exécution, et que, pour le réhabiliter, il suffit d'une indication de volonté, sans qu'il soit nécessaire d'un nouveau testament contenant de nouvelles dispositions en la forme testamentaire.

La loi 11, § 2, au Digeste, *De bonorum possessione secundum tabulas*, examine le cas où un testateur se donne en adrogation et voit ainsi, par ce fait volontaire de sa part, son testament révoqué. Plus tard, le testateur redevenu *aut jure*, meurt. L'héritier institué qui réclame l'hérédité, doit être repoussé par l'exception *doli mali*. Et Papinien, l'auteur de la loi, ajoute qu'il en aurait été autrement si le testateur eût

[1] *De conj. ult. vol.*, l. 9, § VIII, nos 9, 10, 11.

[2] Nîmes, 9 décembre 1822 (Dalloz, 23, 2, 30).

[3] Aoz. La question d'incompatibilité ou de contradiction des dispositions testamentaires opérant révocation de la première est une question d'interprétation qui rentre dans le domaine exclusif des juges du fond (*Jurisp. de Belg.*, 1832, 2, 97). — Une pareille question ne peut donner ouverture à cassation, et ne doit plus même être agitée devant cette cour. — Même arrêt (*Jurisp. de Belg.*, 1831, 2, 306). — L'extinction de tous les biens appartenant à un testateur suite par loi au profit de son légataire universel ne révoque pas le testament. Br., 23 fév. 1830, 30 mai 1831 (*Jurisp. de Belg.*, 1830, 1, 347; 1831, 1, 158). Br., 25 fév. 1843 (*Pozie.*, 1843, 2, 188).

[4] Mantica, *De conj. ult. volunt.*, lib. 2, l. VIII, no 3.

[5] Bartole sur la loi 2, D., *Si quis aliq. oblig. test.*, no 14.

[6] *Supra*, no 2047.

[7] Grenier, 346. Delvincourt, l. II, no 2, sur la p. 101. Toullier, l. V, no 635. Poulal, no 10, sur l'article 1035. Dalloz, *Disposit. entre-vifs et testam.*, ch. 9, sect. 1, art. 1, no 15. Douai, 3 novembre 1836 (Devill., 39, 2, 12).

[8] Grenoble, 14 juil. 1810 (Deville., 3, 2, 288). Voy. aussi Merlin, *Repert. de jurispr.*, vo *Revoc. de testam.*, § 4, no 6. Coin-Delisle, no 12, sur l'art. 1035.

déclaré par codicilles ou par autres lettres *eodem testamento se mori vellet*; non pas, dit-il, que l'on puisse faire revivre un testament *nudé voluntate*, mais parce qu'alors cette déclaration résultant de codicilles ou de tout autre écrit, eût été un moyen de repousser l'obstacle qui s'opposait à l'exécution d'un testament régulier. Le testament, en droit romain, n'était donc pas considéré comme anéanti malgré sa révocation [1].

Dans notre ancien droit français, Ricard [2] est le seul auteur qui soutienne que le droit coutumier diffère sur ce point du droit romain. Et, du reste, son annotateur Bergier s'est chargé de le démentir; car, à la suite du passage où Ricard expose son opinion, on lit qu'à la date du 22 mai 1691, un arrêt du parlement fut rendu contrairement à son opinion et sur les conclusions conformes de l'avocat général d'Aguesseau.

Nous ne pouvons faire mieux, pour indiquer les véritables principes en cette matière, que de citer les paroles de d'Aguesseau [3].

« Le testament révoqué par le testateur, » dit-il, existe toujours en lui-même; c'est toujours un acte réel, un acte dont la matière n'est point anéantie. La formalité est entière, sa solennité n'est point effacée. En un mot, l'acte en soi a tout ce qu'il faut pour valoir et pour être exécuté. Quelle est donc la cause qui lui ôte, pour ainsi dire, l'être et le nom de testament? C'est une cause en quelque manière extérieure, qui est hors de l'acte : c'est le changement de la volonté du testateur prouvé par un acte suivant. Tant que cette cause subsiste, le testament ne peut être exé-

cuté; une absence de volonté le rendrait nul; un retour certain de volonté est absolument nécessaire pour le rétablir dans son premier état [4]. Mais aussitôt que cette volonté paraît, alors le testament revit de plein droit. »

Ces principes, du reste, sont les mêmes sous le Code Napoléon. Et un arrêt de cassation du 4 déc. 1811 [5] en a fait l'application en déclarant que le Code ne défend pas de faire revivre un testament révoqué, et qu'il n'est pas nécessaire de transcrire de nouveau dans l'acte de révocation les dispositions confirmées du premier testament. D'autres arrêts ont pareillement décidé soit formellement, soit implicitement, que le testament révoqué pouvait revivre, lorsque le testateur en avait manifesté l'intention dans l'acte révocatoire [6].

La décision serait la même si le dernier acte de révocation n'était pas rédigé en la forme testamentaire, si la révocation et la déclaration qui l'accompagnent avaient été faites seulement en la forme notariée, aux termes de l'art. 1035. Le premier testament n'ayant point cessé d'exister, il suffit que l'exception qui l'empêchait d'être exécuté soit effacée par une volonté formellement exprimée. La révocation n'a pas détruit le testament, elle l'a seulement paralysé, pendant un temps plus ou moins long, au gré du testateur. D'ailleurs, un acte notarié portant révocation ne laisse aucune incertitude sur le changement de volonté du testateur, et offre autant de garantie qu'une révocation par testament; un pareil acte doit donc avoir la même puissance et réagir avec autant d'énergie qu'un testament sur le dernier testament [7].

[1] Voy. Cujas, *Quest. Papiniennes*, sur la loi 11, § 2, *De bonorum possessione secundum tabulas*. Jauge le président Favre, *Conject.*, t. 10, ch. 18.

[2] *Loc. cit.*, par. 3, n° 178.

[3] *Plaidoyer* 46, p. 229 et suiv.

[4] Ada. La révocation que le testateur fait de ces dispositions anéantit le testament, un acte notarié ordinaire ne peut le faire revivre et n'empêche pas que le disposant ne meure *ab intestat*. Br., 5 juillet 1831 (*Pasq.*, 1831, 2, 362); *Pastorie française*, 1813, tome 1^{re}, page 313, *ad notum*.

[5] Devill., 3, 1, 432.

[6] Donat, 3 novembre 1836 (Devill., 39, 2, 12).

Cassat., 22 mars 1837 (Devill., 37, 1, 309). Dijon, 8 mars 1838 (Devill., 38, 2, 134). Grenoble, 29 novembre 1842 (Devill., 43, 1, 513). Cassat., rej., 7 février 1843 (Devill., 43, 1, 513). Voy. aussi Grenier, *Donat.*, n° 316, t. 1, et la note de la p. 542, t. II, Delvincourt, t. II, n° 2, sur la p. 101, p. 582. Toullier, t. V, n° 635. Pojoll, n° 10, sur l'art. 1035. Dalloz, *Diapase entre vifs et testam.*, ch. IX, sect. 1, art. 1, n° 13.

[7] Cassat., 22 mars 1837 (Devill., 37, 1, 309). Dijon, 8 mars 1838 (Devill., 38, 2, 134). Voy. aussi une remarquable dissertation sur cette question, par P. Pont, dans la *Revue de législat.*, t. III, p. 104.

ARTICLE 1036.

Les testaments postérieurs qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédents, n'annuleront, dans ceux-ci, que celles des dispositions y contenues qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles, ou qui seront contraires.

SOMMAIRE.

2066. Disposition de cet article.
 2067. Du principe admis en droit romain, que l'on ne pouvait déceder partie testat., partie intestat.
 — Exception à ce principe pour les codicilles.
 — Du droit coutumier.
 2068. Rejet des idées romaines en cette matière, lors de la rédaction du Code Napoléon.
 2069. La question de savoir si deux dispositions contenues dans deux testaments sont contraires est une question de fait.
 2070. Exemple d'incompatibilité de dispositions testamentaires.
 2071. Distinctions à faire pour apprécier s'il y a incompatibilité : — 1° Si le legs deux fois répété est d'un corps certain;
 2072. 2° Si la même personne est deux fois légataire de quantités différentes.
 2073. Règle de Bartole dans le cas où les deux legs de quantités différentes procèdent de la même cause.
 2074. Suite.
 2075. De l'incompatibilité entre deux legs de quantité, lorsqu'il y a translatio de casu in casum;
 2076. Ou lorsqu'il y a translatio de personâ honoratâ in personam honoratam.
 2077. Difficulté, dans ce cas, pour apprécier si le testament a voulu appeler une personne à la place d'une autre. — Décisions des lois romaines sur ce point.
 2078. Ces décisions doivent être suivies sous le Code.
 2079. De la révocation, lorsque le testateur s'est exécuté le legs de son vivant.
 2080. Affaire Dumas Lavareille.
 2081. Suite.

COMMENTAIRE.

2066. L'article 1036, préférant la règle des pays coutumiers aux principes du droit écrit, veut que lorsqu'il n'y a pas de clause expresse de révocation, un testament postérieur ne puisse annuler le premier que dans les dispositions contraires ou incompatibles.

2067. Le droit romain s'opposait à ce que le même individu pût mourir avec deux testaments. La raison en est sensible : d'après la maxime que nul ne peut mourir *partim testatus, partim intestatus*, le testament était la distribution entière de l'hérédité. Or, on ne peut donner deux fois la même chose, sans qu'il y ait changement de volonté; le premier testament n'avait donc plus pour lui la volonté du disposant, et comme la deuxième disposition doit l'emporter sur la première [1], il s'ensuivait que le deuxième testament remplaçait le premier, même dans le cas où il n'y avait pas de clause expresse de révocation : *ipso jure prius tollitur testamentum* [2].

Mais rien n'empêchait qu'on ne pût déceder avec deux codicilles; car le codicille ne faisait pas d'héritier, il ne portait pas distribution de l'hérédité; on ne lui accordait que le privilège de faire des legs ou fidéicommiss. Dans le cas où

il y avait deux codicilles, le second ne dérogeait au premier que lorsqu'il y avait contrariété de dispositions : *Si à prioris tenore discrepat et contrarium voluntatem continet, revocatum esse* [3].

Dans les pays coutumiers, on pouvait déceder avec plusieurs testaments; car les testaments y étaient considérés comme codicilles. Le deuxième testament ne détruisait le premier qu'autant qu'il contenait des dispositions incompatibles ou la clause de révocation [4].

2068. Le Code Napoléon, qui n'a pas adopté les idées romaines sur les institutions d'héritier, a dû se prononcer pour ce dernier parti, et c'est ce qu'il a fait.

Favard, orateur du tribunal, tint à ce sujet ce langage, qui ne nous paraît pas à l'abri de la critique :

« Sur la révocation des testaments, on n'est écarté, dit-il, du principe d'après lequel le testament était censé révoqué par un testament postérieur. On présumait que telle avait été l'intention du testateur. Cette présomption pouvait être contraire à la vérité; la loi ne doit établir que des présomptions certaines et infaillibles. Il est donc convenable

[1] « *Posteriora derogant prioribus.* » LL. 12, 47, 67, D., De hered. instat., l. 19, C., De fideic. L. 3, C., De fideic. Potier, Pand., t. II, p. 313, nos 201 et suiv.

[2] L. 27, C., De testam.

[3] L. 3, C., De codicillis. Instat., De adempt. legat. (in princip.).

[4] Argou, Instat. au droit français, l. 2, ch. 7.

« d'exiger que le deuxième testament contienne
 « la déclaration précise que le testateur change
 « de volonté; c'est ce que porte le projet : il
 « veut que les testaments postérieurs qui ne
 « révoqueront pas d'une manière expresse les
 « précédents, n'annulent dans ceux-ci que les
 « dispositions qui seront incompatibles avec les
 « nouvelles, ou qui y seront contraires [1]. »

Favard aurait dû distinguer les pays de droit écrit des pays coutumiers; car le principe « qu'un » testament postérieur révoque le précédent » n'était suivi que dans les provinces soumises au droit romain. D'un autre côté, il n'est pas exact de dire que ce soit sur une présomption qu'est fondé le principe dont nous parlons, et d'ajouter que cette présomption n'est pas infaillible. Nous le répétons : à Rome, le testament contenait la distribution entière de l'hérédité. Or, lorsque l'hérédité était déjà distribuée dans toutes ses parties, si le testateur faisait un second testament, c'est-à-dire une distribution nouvelle de tous ses biens, n'y avait-il pas de sa part changement formel de volonté? Est-il possible de donner deux fois la même chose d'une manière différente, sans renoncer à la première disposition qu'on en a faite? Est-ce là une présomption douteuse, incertaine, susceptible de controverse, ou une preuve *juris et de jure* aussi persuasive qu'il est possible d'en administrer?

Les coutumes et le Code ont, à la vérité, suivi des règles différentes; mais c'est parce que le point de départ n'était pas le même. Dans les pays régis par la coutume, et, d'après les principes du Code Napoléon, le testament ne renferme pas nécessairement la distribution de l'hérédité entière : donc les portions laissées disponibles par le premier testament peuvent être données par le second testament, sans qu'il y ait incompatibilité : donc le même individu peut décéder avec plusieurs testaments.

2069. C'est au magistrat qu'il appartient de juger si deux dispositions contenues dans deux testaments sont contraires ou incompatibles. La question est, du reste, de fait plutôt que de droit, ainsi que l'a reconnu plusieurs fois la cour de cassation, en décidant que c'est là un point qui rentre dans le domaine exclusif des juges du fond, et qui ne peut donner ouverture à cassation [2].

2070. Cependant, quelques exemples ne sont pas inutiles.

Ainsi premièrement, il y a incompatibilité

lorsqu'il y a changement dans la chose donnée : *quum translatio fiat de re ad rem*, suivant l'expression de Voet [3].

Par exemple, le testateur, après avoir légué à Titius la pleine propriété d'une chose dans un premier testament, lègue à ce même Titius, dans un second, l'usufruit. Le second legs révoque le premier; car l'existence de tous les deux serait incompatible. Le testateur ne lègue une partie de la chose que parce qu'il ne veut pas que le legs de la chose entière subsiste.

On trouve dans le Digeste une espèce qui se rattache à ceci et qui doit être signalée. *Item pro fundo decem legentur, quidam putant non esse ademptum prius legatum; sed verius est ademptum esse : notissima enim voluntas servatur.* Le testateur avait légué un fonds dans un premier testament; il lègue à la même personne, par un deuxième testament, une somme d'argent, et le jurisconsulte Paul décide que le deuxième legs fait évanouir le premier.

Pour la saine intelligence de cette loi, il faut remarquer qu'il résultait du testament, ou tout au moins des circonstances, que le testateur avait voulu mettre une chose à la place de l'autre. C'est ce qui apparaît de ces mots : *si pro fundo decem legentur*.

2071. Mais dans les cas où cette intention du testateur ne ressortira pas de ses dernières dispositions, il faut se demander si le legs est d'un corps certain d'une même espèce, ou si c'est le legs d'une quantité.

1° Si le legs est d'un corps certain d'une même nature, et qu'il se trouve répété dans un second testament, il ne sera dû qu'une fois en vertu du dernier testament : « *Mela scripsit* » *si fundus in dote sit et specialiter sit legatus, non generaliter dos relogata, non bis, sed semel deberi fundum.* » Car le testateur qui répète plusieurs fois une disposition de ce genre est censé non *sapius eandem rem legare, sed magis sapius loqui*, comme dit Papinien [4]. Pour que le legs soit dû deux fois, il faudra que le légataire prouve que le testateur a voulu lui léguer, dans le second testament, l'estimation de ce qu'il avait légué dans le premier; mais, dans le doute, la première disposition sera révoquée par la seconde, ou, pour mieux dire, toutes deux se confondront ensemble [5].

Que si le testateur a légué, dans le premier testament, un corps certain d'une certaine espèce, et que, dans le second, il lègue à la même

[1] Loaré, t. XI, p. 507, n° 21. Fenel, t. XII, p. 642.

[2] Cassat., rej., 22 juin 1831 (Devill., 31, 1, 253). Cassat., rej., 29 mai 1832 (Devill., 32, 1, 456). Cassat., rej., 8 juillet 1833 (Devill., 33, 1, 741). Cassat., rej.,

30 mars 1841 (Devill., 41, 1, 406).

[3] *De adm. legat.*, n° 7.

[4] L. 66, § 3, D., *De legat.*, 2°.

[5] Voet, *De legat.*, n° 34.

personne un corps certain d'une espèce différente, les deux legs seront dus. Par exemple, Titius lègue à Calus un cheval, et, par un second testament, il lui lègue une montre à répétition : on ne peut supposer que le testateur ait voulu changer de volonté [1].

2072. 2^o Passons au cas où le legs est d'une quantité.

Suivant Pothier [2], si dans le premier testament le testateur a légué une certaine quantité, et si dans le second il lègue une quantité différente à la même personne, il y a présomption qu'il a voulu modifier la première disposition par la seconde [3].

Mais, d'après la doctrine de Bartole, cette règle est trop générale et pourrait conduire à de grandes erreurs. Voici la distinction que fait le commentateur italien :

« Si une quantité se trouve deux fois léguée
« à la même personne dans deux actes diffé-
« rents de dernière volonté, ou ces deux legs
« sont faits purement et simplement, sans au-
« cune relation apparente de l'un à l'autre, alors
« dans le doute le testateur est censé avoir
« voulu redoubler le legs [4] ; ou bien ces deux
« legs ont été légués *ob unam et eandem cau-
« sam*, et c'est alors le dernier qui doit préva-
« loir [5]. »

A notre avis, cette opinion est préférable à celle de Pothier. Bartole ne s'attache pas à la différence de quantité des deux dispositions, ainsi que le fait l'auteur des Pandectes ; il ne demande qu'une chose : les deux legs ont-ils rapport l'un à l'autre, procèdent-ils de la même cause ?

Titius lègue par un testament 150 francs de rente viagère à son cocher pour ses services ; par un second testament qui ne révoque pas le premier, il lègue au même individu 100 francs de rente viagère aussi pour ses services. Ce dernier legs révoque le premier, par la raison qu'étant fait *ob unam et eandem causam*, comme dit Bartole, on voit clairement que le testateur a voulu renoncer à sa première disposition. Cette raison seule tranche la difficulté : c'est elle, bien plus que la différence des quantités, qui nous explique le changement de volonté du testateur.

Mais dans un premier testament, Titius lègue 10,000 fr. à Sempronius ; puis, dans un codicille fait plusieurs mois après, il lègue 5,000 fr. au même Sempronius ; il n'explique pas la cause de ces legs ; il ne dit rien qui puisse faire con-

naître son intention révocatoire. Devra-t-on les payer tous deux, ou bien décidera-t-on que Titius a voulu réduire à 5,000 fr. sa première libéralité ?

Suivant Pothier, on devrait le décider attendu la différence des quantités. Mais cette décision serait bien hardie. Qui me dit, en effet, que le testateur a changé d'intention pour diminuer le legs ? Qui me répondra qu'il n'a pas voulu étendre, au contraire, les effets de sa générosité ? Dans le doute, la provision est due au titre. Le légataire se présente avec deux actes valables ; ces deux actes doivent être exécutés en ce qui le concerne, jusqu'à ce que l'héritier ait prouvé que l'un des actes est inutile. C'est la décision formelle de la loi 12, D., *De probationib.*, si heureusement citée par Bartole.

On dira peut-être que la loi 12 parle du cas où une même somme se trouvait léguée d'abord dans un testament, et ensuite dans un codicille, et que ce n'est que lorsqu'il s'agit de la répétition de la même somme que la loi se prononce, dans le doute, pour le cumul des legs. Mais je réponds que je ne vois pas pourquoi le legs serait dû deux fois, parce que la somme est la même, tandis qu'il ne serait dû qu'une fois si la somme portée dans le dernier testament n'est pas la même. Il me semble, au contraire, que la loi 12 prend la différence dans ses points les plus extrêmes, et qu'elle pose le cas le plus susceptible de difficulté pour en tirer un argument *à fortiori*. Ne peut-on pas dire, en effet, que cette similitude de la première et de la deuxième disposition est un indice que le testateur a persisté dans sa première intention, et que s'il l'a manifestée deux fois, c'est moins pour redoubler le legs que pour lui assurer tous les moyens possibles d'existence et d'exécution ? D'ailleurs, Celsus se décide, dans la loi 12, par un motif général : la provision est due au titre. Le légataire a deux titres : donc il a deux créances ; donc, dans le doute, on doit les lui payer.

Pothier cite pour preuve de son opinion la loi 18, D., *De aliment. legat.* Mais il faut remarquer, d'après Bartole, que si, dans l'espèce de cette loi, la dernière disposition révoque la première, c'est parce que l'une et l'autre avaient été faites *ob unam et eandem causam*.

2073. Ce que nous avons dit du cas où un legs d'une quantité est fait par un second testament à un individu déjà légataire d'une autre quantité, doit s'appliquer au cas où le testateur

[1] Bartole sur la loi *Marcius*, § *Ex eo qui, au tit. De legat.*, 2^o, Dig.

[2] *Pandectes*, l. II, p. 517, n^o 518

[3] L. 18 *in princip.*, D., *De adm. legat.*

[4] L. 12, D., *De probat. et prez.*

[5] L. 18, D., *De adm. legat.* L. 9, D., *eodem titulo*. L. 11, C., *De legat.*

qui, dans un premier testament, aurait légué 1,000 fr. à Titius, lui léguerait dans le second une montre à répétition. Si ces deux legs ont été faits *ob unam et eandem causam*, et si le testateur a voulu mettre la montre à la place de la somme, il y a révocation du premier legs. Mais si cette volonté ne résulte pas du testament, on doit, dans le doute, faire valoir les deux legs; car ils ont le titre en leur faveur, et par conséquence la présomption [1].

Sans faire cette distinction, qui est la seule boussole en cette matière, Toullier décide que, si après avoir légué le fonds Cornélien à Titius dans un premier testament, je lui lègue 100 écus dans le deuxième, le premier legs est révoqué par le second [2].

Mais la raison dit que dans cette espèce toute nue, telle que la pose Toullier, sa solution est mauvaise. Elle contrarie la loi 12, *De probatione*, au Digeste; et c'est en vain que Toullier cite à l'appui la loi 6, § 2, *De adm. legat.*, que nous avons rapportée ci-dessus; car dans cette loi le testateur avait clairement la volonté de substituer une chose à une autre : « *si pro fundo decem legentur.* »

Cette erreur de Toullier n'a pas échappé à Merlin [3]. Mais les raisons que nous avons données entre les cours de cette dissertation la rendent encore plus palpable.

2074. Revenant à la règle de Bartole, ajoutons que l'on pourra peut-être objecter, pour la combattre, que la multiplication des legs ne se présume pas. Mais pour quel cas cette règle a-t-elle été faite? C'est pour un cas tout à fait étranger à celui qui nous occupe. On va s'en convaincre.

Dans le droit romain on pouvait léguer une même chose à deux personnes *per damnationem* dans des dispositions séparées. Par exemple : *Herres meus, Titio fundum Tusculanum dare damnas esto; herres meus Marcio eundem Tusculanum dare damnas esto*. D'après le droit ancien, on avait décidé que chacun devait avoir le legs *in solidum*, c'est-à-dire, l'un la chose, l'autre

l'estimation [4]. Mais, par la loi unique, § 11, au Code, *De caducis tollendis*, il fut décidé que l'on ne présumerait pas la multiplication des legs et que les légataires seraient appelés par portions égales.

La règle qu'on ne doit pas présumer la multiplication des legs ne doit donc être appliquée qu'avec discernement. Elle est d'ailleurs combattue par l'autre maxime qu'on ne présume pas la révocation du premier legs par le second; car on s'exposerait au reproche contenu dans la loi 91, § 3, D., *De verb. oblig.* : « *Plerumque « sub auctoritate juris scientiæ perniciosè erratur.* » Rappelons-nous toujours cet avis de Sabinus et de Paul : « *Quam regula in aliquo vitata est, perdit officium suum* [5]. »

2075. Deuxièmement, il y a encore incompatibilité et par conséquent révocation du premier legs, lorsque le testateur change les modalités dont ce legs est environné. C'est ce que Voet appelle *translatio de causis in causam*. Cette translation a lieu, par exemple, dans le cas où le disposant rend pure et simple la disposition qui, dans le premier testament, était conditionnelle et vice versa [6].

2076. Troisièmement, la révocation n'est l'objet d'aucun doute lorsque le testateur transporte la chose léguée dans un premier testament, à une personne qu'il gratifie dans un deuxième testament. C'est ce qu'on appelle *translation de personâ honoratâ in personam honoratam*. Par exemple, la maison que j'ai léguée à Titius, je la lègue à Sempronius [7].

Dans le cas de cette translation, la charge, le mode, le temps, la condition, qui se trouvaient apposés dans le premier legs, sont répétés dans le second; il faut excepter toutefois le cas où la charge est personnelle [8].

Il faut excepter aussi le cas où la translation du legs se fait avec des charges spéciales; alors les charges du premier legs ne sont pas censées répétées dans le second [9].

Enfin, une dernière exception a lieu, suivant Mantica [10] et Paul de Castro [11], dont il invo-

[1] Voy. sur tout ceci Forgole, ch. 11, n° 118. L'opinion de Forgole nous paraît absolument conforme à celle de Bartole : « De ces textes, dit-il, on peut tirer la règle que toutes les fois que la deuxième disposition regarde les mêmes personnes, et qu'il s'agit des mêmes choses, la deuxième disposition révoque la première. » L'avis de Bartole est aussi celui de Cojas (*Observe.*, n° 44, n° 19). Junge Menochius, lib. 4, *presumpt.* 128. Voet, *De legat.*, n° 34. Celsus, l. 12, D., *De probat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 517, n° 217.

[2] Toullier, t. V, n° 645.

[3] *Répert. de jurispr.*, v° *Révoc. de legs*, t. XVII, § 2, p. 329.

[4] Cuius, *commod.* 2, § 205; Ulpian, *Fragm.*, l. XXIV, §§ 11 et 12.

[5] Paul, l. 1, D., *De regul. juris.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 698, n° 1 et 2.

[6] Voet, *De adm. leg.*, n° 7, Paul, l. 6, D., *De adm. leg.* Ulpian, l. 7, D., *De adm. leg.*

[7] Paul, *loc. cit.* Institut., *De edempt. legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 435, n° 26. Voet, *loc. cit.*, n° 7.

[8] Voet, *loc. cit.* Mantica, *De conjunct. ultim.* vol., l. 12, t. III, n° 5 : « *Nisi talis sit conditio,* » dit-il, « *que personam coherent et per alium agere impleri non possit.* »

[9] Mantica sur la l. 30, D., *De adm. legat.* Mantica, *loc. cit.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 434, n° 35.

[10] *De conjunct. ultim.* vol., l. 12, t. III, n° 5.

[11] *In consil.* 326, n° 2, vol. 1.

que l'autorité, lorsque les charges et les conditions de la première disposition ayant été accomplies, il ne reste rien à faire. Par exemple, Titius lègue 20,000 fr. à Mævius, à la charge qu'il sera placé son portrait dans la chapelle des jésuites à Bastia. Titius fait lui-même placer ce portrait, et dans un deuxième testament, il transfère à Caius les legs qu'il avait fait à Mævius. Il est clair que le legs sera devenu pur et simple, n'y ayant plus de charge à accomplir. On oppose que l'accomplissement de la charge par le testateur révoque le legs [1]. Ce principe n'est vrai que si la charge constitue une cause finale. Ici le placement du portrait dans la chapelle n'a pu être qu'une cause impulsive, puis-que, après l'avoir fait lui-même, le testateur, considérant que le legs de 20,000 francs subsistait toujours, l'a transmis à une autre personne.

2077. Il n'est pas toujours facile d'apercevoir quand le testateur a voulu appeler une personne à la place d'une autre : car, il y a des cas où deux personnes peuvent ne pas se nuire pour profiter ensemble de la libéralité.

Dans le droit romain, voici quelle était la règle pour distinguer si le testateur, en appelant une nouvelle personne à la chose léguée, avait eu ou non l'intention de révoquer la première disposition. D'abord, en ce qui concerne l'institution d'héritier contenue au profit de deux personnes différentes dans deux testaments différents, c'était un principe invariable que le deuxième testament annulait et révoquait de plein droit le premier [2]. A l'égard des legs qui pouvaient être contenus dans divers codicilles, ou dans un testament et un codicille subséquent, la révocation n'avait lieu que lorsque la seconde disposition était faite avec l'intention de révoquer la première. Autrement, on supposait que le testateur avait voulu partager sa libéralité entre les deux appelés, en leur léguant la chose par la conjonction *re tantum* [3] : *si eadem res, in primis et secundis tabulis, diversis personis legatur, legatum non videtur ademptum à primo legatario; sed ambo sunt re conjuncti ita ut faciant sibi partes per concursum. Pari ratione, si res quæ fuit uni legata in testamento, alteri fuit relicta in codicillis, non intelligitur adempta à primo; sed ambo concurrunt* [4].

2078. Dans les principes du droit français, où nous considérons les institutions d'héritier

comme des legs, la décision des lois romaines à l'égard des legs doit être suivie. On dira, à la vérité, que nous n'admettons pas la conjonction *re tantum*, lorsque la chose est donnée par deux actes différents. Mais il faut remarquer que si le Code a envisagé la conjonction *re tantum* sous un jour différent du droit romain, c'est seulement pour savoir si elle doit ou non produire l'accroissement. Au surplus, il est clair que les deux dispositions n'ont rien nécessairement d'incompatible et que deux personnes, par exemple, peuvent être simultanément appelées au legs d'une même chose [5]. Ainsi, si par un premier testament j'ai institué Caius mon légataire universel, je pourrai instituer, par un second, Titius aussi mon légataire universel, sans que cette deuxième disposition révoque la première.

Ainsi j'institue par un premier testament Caius en une quote-part de biens, et par un deuxième testament, Titius, dans l'universalité de ma succession. Les deux dispositions pourront concourir [6]; car le legs général ne révoque pas le legs spécial, soit que celui-ci suive ou précède. « Je lègue à Titius mon cheval arabe; je lègue à Caius tous mes chevaux; » ou bien, « je lègue à Caius tous mes chevaux; je lègue à Titius mon cheval arabe. » Ces deux dispositions peuvent subsister sans se contrarier. En effet, dit Mautica [7], « *si speciale præcedat, minuit generale per non comprehensionem, quia de speciebus alteri legatis testator non intelligitur cogitare; si vero speciale subsequatur, imminuit generale per revocationem et translationem.* » Voilà pourquoi la jurisprudence décide [8] qu'un legs à titre universel ou à titre particulier contenu dans un testament doit être exécuté, quoiqu'il y ait un deuxième testament contenant un legs universel en faveur d'une autre personne.

Enfin, si par un premier testament je lègue ma maison à Caius, et que par un deuxième je la lègue à Sémpronius, sans dire que je révoque le premier testament par le deuxième, Caius et Sémpronius concourront, parce qu'il n'y a pas d'incompatibilité.

2079. La révocation du legs a lieu également quand le testateur exécute, de son vivant, la libéralité que d'abord il avait voulu remettre après sa mort. Car alors le legs devient inutile;

[1] Voy. *infra*, nos 2103 et 2106.

[2] *Supra*, no 206.

[3] Pothier, *Pand.*, l. II, p. 455, no 34.

[4] Mautica (d'après Alexandre), *loc. cit.*, l. 12, l. II, no 3.

[5] Merlin, *Répert. de jurispr.*, v° *Revoc. de legs*, l. XVII, § 2, p. 530. Toullier, l. V, no 646.

[6] Grenier, no 289, Merlin, *Répert. de jurispr.*, v° *Revoc. de legs*, l. XVII, *loc. cit.*

[7] Mautica, *De conjunct. ult. vol.*, l. 12, l. II, no 28.

[8] Nîmes, 7 février 1809 (*Devill.*, 3, 2, 16). Grenoble, 22 juin 1827 (*Devill.*, 8, 2, 381). Roum, 8 novembre 1830 (*Devill.*, 33, 2, 494).

la donation postérieure le rend sans objet : de là cette règle des docteurs : « *legata viro testatore promissari possunt* [1] ; » elle s'appuie sur les lois 22, D., *De legat.*, 2^e et 6, D., *De auro legat.*

L'empereur Alexandre en donne un exemple dans la loi 11, C., *De legat.*, [2]. Un père avait légué une somme d'argent à sa fille ; puis il lui donne en dot, de son vivant, une somme pareille. La fille n'aura rien à réclamer en vertu du testament : « *Filia legatorum non habet actionem, si ea quæ in testamento reliquit, vius pater postea in dotem dederit* [3]. »

On trouve dans la loi 22, D., *De legat.*, 2^e, une décision fondée sur le même ordre d'idées.

Ce n'est pas ici une disposition de dernière volonté qui vient se mettre en contradiction avec une disposition de dernière volonté antérieure. C'est un acte entre-vifs, une donation qui ôte au legs sa cause et son effet, en procurant sur-le-champ à la personne gratifiée l'avantage que d'abord le testateur n'avait voulu lui assurer qu'après sa mort. Le père a voulu prévenir son décès ; il n'a pas voulu faire attendre sa fille.

Si le père n'avait donné à sa fille qu'une partie de la somme léguée, celle-ci aurait action pour le surplus [4]. Cela est certain, malgré la controverse qui a existé sur ce point entre les interprètes. Oldradus s'était prononcé pour l'action ; Dynus s'était prononcé contre. Mais Oldradus avait pour lui Balde, Paul de Castro, Jason, Fachinée et autres, et la saine appréciation des faits était d'accord avec leur opinion.

Bartole proposait un tempérament assez spécieux : si le testament, disait-il, a laissé 400 à Titia pour son établissement, et si son père l'établit de son vivant avec 200. Titia n'aura rien à réclamer au delà des 200 après la mort de son père ; car la clause du testament est remplie, puisque la fille est établie ; le testament devient inutile pour le surplus.

Cependant, cette interprétation nous paraît trop sévère. Il n'est pas probable que le père ait voulu réduire un bienfait qui ajoutera au bien-être de sa fille et à la prospérité de son établissement [5]. Les 400 ont été donnés pour son établissement ; c'est aussi à son établissement qu'ils profitent.

2080. Ces questions déjà décidées par arrêt de la cour de Toulouse, du 14 juin 1823, confirmé en cassation le 23 juin 1828 [6], et par

arrêt de la cour de Rouen du 3 décembre 1816 [7], se sont présentées dans une espèce jugée par la cour d'appel de Paris (première chambre), le 29 avril 1851, sous ma présidence.

J. B. Dumas Lavareille, qui possédait une fortune considérable, fit, le 8 septembre 1825, un testament dans lequel il donnait à chacun des enfants de son frère, Martial Lavareille, la somme de 100,000 francs à payer à chacun d'eux, à leur majorité ou à leur mariage.

J. B. Lavareille survécut longtemps à ce testament. Son frère avait plusieurs filles et des garçons. Il tenait beaucoup à ce que ses nièces contractassent de bonnes alliances avec les meilleures familles du pays. Il voulut favoriser leur établissement par ses libéralités.

L'aînée épousa, le 21 juillet 1834, M. Grand du Basty. J. B. Lavareille lui donna 60,000 francs comptant par contrat de mariage.

La seconde se maria, le 18 février 1844, avec M. Corn-Queyssac. L'oncle lui fit donation, en avancement d'hoirie, et sur la succession future de lui, donateur, d'une somme 100,000 francs. Il paya comptant 40,000 francs ; mais il stipula que les 60,000 francs restants ne seraient exigibles que trois ans après le décès du donateur.

La troisième nièce de J. B. Lavareille épousa, en 1846, M. Leclère. L'oncle lui donna aussi 100,000 francs par contrat de mariage. La seule différence entre ce contrat et le précédent, c'est 1^o que l'acte ne porte pas que la donation est faite en avancement d'hoirie ; 2^o que la donation est soumise à un pacte de retour au profit du donateur en cas de prédécès de madame Leclère sans enfants.

Enfin, la quatrième nièce de J. B. Lavareille épousa, le 2 juin 1817, M. Fouscaberte. L'oncle lui donna 100,000 francs, dont 40,000 francs comptant et 60,000 francs exigibles après sa mort.

M. Lavareille décéda à Paris le 14 juin 1848. Sa fortune restait encore considérable. Cependant les événements de février en avaient beaucoup diminué l'importance.

Plusieurs héritiers se présentaient ; car la famille de Lavareille était nombreuse. Il y avait trois branches :

1^o La branche Lavareille, composée de sept neveux et nièces.

Outre les quatre nièces dont nous venons de

[1] Godefroy sur la loi 11, C., *De legat.* Doneau, 8, comm. 1, 11. Brunemann sur la loi 11, C., *De legat.* Cojras sur la loi 1, D., *Pro herede*. Voet, *De adm. legat.*, n^o 6. Noetics, 12, 6, 18.

[2] Voy. sur cette loi Cojras, sur le Code, lit. *De legat.* Fachinée, *controv.* 5, 55.

[3] *Et vice versa*, l. 61, § 6, D., *De legat.*, 1^o, et 29, D., *De jure dot.*

[4] Fachinée, *loc. cit.* Voet, *loc. cit.*

[5] Argumens de la loi 22, D., *De legat.*, 2^o.

[6] Devill., 9, 1, 119.

[7] Devill., 47, 2, 332.

parler, il se trouvait trois neveux, fils de Martial Lavareille, et frères de mesdames du Bast, Corn-Queyssac, Leclère et de Fouscaberte.

2° La branche Barillon, d'une sœur du défunt.

3° La branche Laforet, d'une autre sœur du défunt.

La succession devait donc se partager par tiers.

Les quatre nièces de M. de Lavareille ont demandé la délivrance du legs de 100,000 francs fait à chacune d'elles par le testament du 8 septembre 1825, et, s'en tenant à ce legs, elles ont renoncé à la succession. Au contraire, les héritiers ont soutenu que ces legs avaient été révoqués par les donations contenues dans les contrats de mariage.

Un jugement du tribunal de la Seine, du 11 janvier 1830, se prononça pour la révocation.

Le tribunal considère que ces legs ont été faits pour être payés lors du mariage, et que les donations faites plus tard par l'oncle, au moment du mariage de ses nièces, ne sont que l'exécution de ces legs.

Il remarque que si le cumul était adopté, on arriverait à ce résultat bizarre, à savoir que les nièces de Lavareille recevraient deux fois plus que leurs trois frères, ce qui n'était pas dans la pensée du testateur.

Le tribunal argumente ensuite d'un projet de testament de 1817, dont nous parlerons tout à l'heure et qui, suivant lui, contient des indices de nature à confirmer ses appréciations.

Sur l'appel, la cause fut plaidée avec force par M^e Duvergier pour le cumul et par M^e Thureau contre le cumul.

2081. Voici les raisons qui ont déterminé mon opinion :

La loi 12 au D., *De probat.* [1], veut que celui qui se présente avec deux titres successifs de libéralité puisse prétendre à un double paiement. Car ces deux titres sont sa preuve ; la provision leur est due, et c'est à celui à qui ils sont opposés à prouver que la libéralité ne doit pas être redoublée.

Mais d'après ce texte même, la preuve contraire peut être faite, et il faut rechercher dans les actes et circonstances de la cause s'il ne résulte pas qu'une libéralité absorbe l'autre.

Nous avons vu ci-dessus, d'après Bartole, que lorsque deux libéralités procèdent *ex una et eodem causa*, toutes deux ne sauraient concourir [2]. Nous avons vu l'application de cette ré-

gle par les textes mêmes du droit romain et notamment par les lois 22, D., *De legat.*, 2^e, et surtout 11, C., *De legatis*.

Cette dernière a une application directe à notre difficulté. C'est un testateur qui lègue 400 à sa fille, et qui ensuite lui donne 400 en dot ; or, le jurisconsulte décide que les deux dons ne sauraient être cumulés ; c'est l'espèce actuelle dans sa simplicité. Il est clair que lorsque le donateur possède à titre gratuit la chose qui fait l'objet de la libéralité, le legs antérieur de cette même chose est sans cause [3].

Bartole, en commentant la loi 11, fait une remarque qui a de l'importance. Il enseigne que si les 400 n'avaient pas été légués à la fille en vue du mariage, la libéralité devrait être redoublée ; car les 400 donnés à titre de dot n'empêchent pas le don de 400 à un autre titre. « *Si verò legavit quantitatem, si quidem expressit causam, quia dixit pro dote, tum dotando eam, extinguit legatum* (L., *Lucius*, 88, § *Impuberem*, 7, D., *De legat.*, 2^e). *Si autem relinquit quantitatem simpliciter, tum dotando eam postea, simplex legatum non extinguitur* (l. *Quinquaginta*, D., *De probat.*). »

Cette distinction est raisonnable. Mais ici on peut dire avec certitude que dans l'intention de Lavareille, le mariage de ses nièces était une des causes principales du legs de 100,000 fr. Il désire leur établissement ; il espère qu'elles pourront se marier avant l'âge de la majorité ; il déclare, en conséquence, que c'est au moment du mariage que les 100,000 fr. seront payés ; et ce n'est qu'autant qu'elles ne seront pas mariées avant vingt et un ans, que les 100,000 fr. leur seront payés à leur majorité. Le mariage est donc la circonstance qui prévaut dans l'esprit de Lavareille.

Maintenant que se passe-t-il ?

Lavareille voit sa vie se prolonger ; ses nièces grandissent sous son œil ; et il est témoin de ces établissements successifs qu'il a appelés de ses vœux, et qu'en 1825 il craignait ne devoir s'effectuer qu'après lui. Que fait-il [4] ? Il dote ses nièces ; il leur paye à leur mariage ces 100,000 francs qui, dans son propre testament, sont déclarés payables à cette époque. N'est-ce pas à dire que le testateur a acquitté lui-même les legs de son vivant ?

Il y a cependant un fait particulier en ce qui concerne madame Grand du Bast. Celle-ci n'a reçu par son contrat de mariage que 60,000

[1] Tirée des écrits de Celsus.

[2] N^o 2073.

[3] Argument de la loi 88, § 7, D., *De legat.*, 20.

[4] Voy. *suprà*, n^o 320, où il est dit que la condition est bien accomplie, quoiqu'elle soit accomplie avant le décès du testateur.

francs, tandis que le testament lui en assure 100,000. Conclura-t-on de là que les deux libéralités n'ont pas de connexité, et que la donation n'est pas le paiement partiel du legs? Ce serait s'écarter de l'évidence. Lavareille a donné un à-compte sur les 100,000 fr., mais son testament le laisse débiteur à sa mort de 40,000 fr : voilà tout.

Le tribunal a eu tort, sans doute, de ne pas voir que le don de 60,000 fr. n'éteignait le legs que jusqu'à due concurrence, il a eu tort de le déclarer aboli pour le total. Il a appliqué l'opinion de Dynus, contrairement aux textes du droit romain et à l'opinion de tous les auteurs. Sur ce point, il y a lieu à réformation. Lavareille n'a opéré qu'une compensation partielle; le surplus du legs reste debout.

Il faut insister, à présent, sur cette idée qui est fondamentale, à savoir, que Lavareille, en constituant les dots, n'a fait que réaliser la pensée contenue dans son testament. Pour la mettre en lumière, il existe des raisons prises du testament et des raisons extrinsèques.

Mettons-nous d'abord au moment précis où Lavareille va disposer. L'économie de son testament est que ses nièces ne reçoivent de lui que 100,000 fr. Il distribue tous ses biens entre les trois branches; puis il institue son frère légataire universel. Il est vrai que ce frère est Martial Lavareille, père des demoiselles Lavareille, et le testateur peut raisonnablement penser que ses nièces trouveront dans la succession de leur père une augmentation de fortune. Il n'en est pas moins vrai que le testateur veut que tout ce qui excède les legs laissés par lui passe par les mains de son frère, que ce dernier en devienne propriétaire, qu'il en dispose à son gré. Il ne laisse à ses nièces rien de plus que 100,000 fr.

Que se passe-t-il ensuite? Le légataire universel meurt en 1839; la disposition faite à son profit devient caduque, et tous les biens que le testateur lui destinait vont former une masse qui, à moins de dispositions nouvelles de la part de Lavareille, se partagera à sa mort entre les trois branches.

Il est certain que Lavareille a songé à faire un nouveau testament, et à réparer le triste dérangement que la mort de son frère avait occasionné dans ses dispositions. Cependant rien n'a abouti, et Lavareille n'a laissé qu'un projet imparfait de testament. Quoi qu'il en soit, les constitutions de dot, dont il s'agit au procès, sont-elles des dispositions nouvelles, tendant à augmenter la somme des libéralités faites par le testament de 1825? C'est ce qu'il est difficile d'admettre.

Avant que le décès du légataire universel ne vint porter le trouble dans les combinaisons du

testament de 1825, une des nièces de Lavareille avait été mariée; elle avait épousé Grand du Basty en 1834, et Lavareille lui a donné en dot une somme de 60,000 francs payée comptant.

Dans cette position, il n'est nullement admissible que Lavareille ait entendu ajouter ces 60,000 fr. aux 100,000 fr. légués en 1825; car il n'aurait fait ce cumul qu'en affaiblissant le legs universel fait à son frère et qu'en brisant l'économie du testament. Il aurait enrichi la nièce aux dépens du père, et non-seulement il aurait porté une sorte d'atteinte à l'autorité paternelle de son frère; mais il aurait établi une inégalité parmi les enfants Lavareille, entre ceux qui se mariaient et ceux qui ne se mariaient pas encore. Il se serait exposé à se laisser surprendre par la mort, sans avoir pu prendre les moyens de rétablir l'équilibre, sans avoir fait cesser une préférence pour la dame Grand du Basty, que rien ne justifiait. Il est bien plus raisonnable de penser qu'il a entendu payer à mademoiselle Lavareille, le jour de son mariage, un à-compte sur les 100,000 francs qui, d'après le testament de 1825, devaient lui être payés ce même jour-là. *Intelligitur facta animo compensandi*, comme dit le cardinal Mantica (1).

Le testament lui-même contient une disposition qui prouve combien Lavareille était imbu de ces idées d'imputation en 1825. Au moment où il testait, une seule de ses nièces, de la branche Laforet, était mariée; c'était madame Lamare. Dans cette branche, il laissait à chaque enfant 60,000 francs. Mais comme il avait donné à madame Lamare 25,000 francs en la mariant, il déclare formellement, dans le testament, que cette dame n'aura à réclamer que 35,000 francs pour arriver aux 60,000 francs. Par là, on voit que, dans la pensée de Lavareille, les dots se liaient aux legs, et que tout cela était fait ob *unum et eandem causam*, comme dit Bartole. Le testateur ne veut pas que les dots s'ajoutent aux legs pour briser l'égalité entre les enfants d'une même branche. Pourquoi donc Lavareille n'aurait-il pas obéi au même système quand il a doté madame Grand du Basty? N'avait-il pas les mêmes raisons? le même besoin d'égalité n'existait-il pas?

On dira peut-être que Lavareille a exprimé sa volonté à l'égard de madame Lamare, et que, ne l'ayant pas exprimée à l'égard de madame Grand du Basty, on ne saurait argumenter du premier cas au second. La réponse est facile: Lavareille ne pouvait rien dire, dans son testament de 1825, d'une constitution de dot qu'il n'a faite qu'en 1834. De plus, quand il a doté ma-

[1] *Coujet*, 12, 6, 18.

dame Grand du Basty, en 1834, il ne devait pas dire que cette dot s'imputerait sur les legs portés au testament de 1825. On peut bien exprimer qu'un legs se compensera jusqu'à due concurrence avec une donation préexistante. Mais la réciprocité n'a pas lieu, parce que le legs est un acte révocable, et que, d'ailleurs, il est secret de sa nature. Quel est l'homme qui va révéler les dispositions de son testament ?

Il est donc certain que la donation des 60,000 francs, faite à madame du Basty, par son contrat de mariage, n'est que le paiement jusqu'à due concurrence des 100,000 francs à elle promis par le testament de 1825.

En est-il de même des trois autres donations postérieures de 1844, 1846 et 1817 ? On n'en saurait douter. Il n'y a pas de motif pour penser que Lavareille s'est écarté de ses idées d'imputation et d'égalité. De même qu'il a payé le legs de dot à madame du Basty, de même il l'a aussi payé à ses trois sœurs. La seule différence est qu'il l'a payé en totalité pour les trois sœurs, tandis qu'il ne l'avait payé qu'en partie pour la première.

L'identité de la somme payée en dot et de la somme léguée en dot (100,000 francs), prouve de plus en plus l'identité de cause entre le legs et la donation. *Una et eadem causa*.

Cependant, on peut faire une objection. Après le mariage de madame du Basty, son père, légataire universel de Lavareille, est décédé, et ce n'est que postérieurement à sa mort que les trois sœurs ont été établies. On ne peut donc pas dire ici que Lavareille a été arrêté par le désir de ne pas atténuer le legs universel de son frère et par le sentiment si naturel de ne pas préférer ses nièces à ce dernier.

Mais cette objection n'est pas solide. Reste toujours que Lavareille a payé en dot ce qui avait été légué en dot, et cela suffit. On peut y ajouter qu'il avait l'idée de remplacer par un autre testament celui de 1825, bouleversé par la mort de son frère, et qu'il devait ajourner toute augmentation de libéralité jusqu'au moment suprême où il réglerait le sort de sa fortune dans une vue d'ensemble pour toute sa famille.

La correspondance ne laisse pas de doute à cet égard. Une lettre, du 15 janv. 1815, écrite par Lavareille à sa belle-sœur, dit que la somme de 100,000 francs n'est qu'un à-compte, et qu'il leur réserve un dernier souvenir.

Dans une autre lettre, du 15 janvier 1815, il dit à madame de Corn-Queyssac, qu'indépendamment des 100,000 francs, « il espère lui offrir, ainsi qu'à ses autres nièces, un dernier souvenir. » Enfin, dans une troisième lettre du 9 mars 1815, écrite à sa belle-sœur, il dit qu'il espère que « ses nièces auront de

« lui un souvenir qui ne sera pas éloigné de » 200,000 francs. Avec la fortune de la maison, vous pouvez les apprécier dans leur forme » tune pour le chiffre environ de 300,000 fr. » A ce moment, la fortune de Lavareille touchait à son apogée. Que promet-il à ses nièces ? 200,000 francs environ venant de lui, qui, ajoutés à 100,000 francs environ qu'elles ont de leurs parents, portent leur avoir à 300,000 fr.

Mais voyez les termes dont il se sert : il emploie des expressions desquelles il résulte que ce souvenir qu'il veut offrir à ses nièces n'est pas du tout le testament de 1825, mais que c'est dans un testament à faire qu'il le consignera. S'il eût eu en vue le testament de 1825, il n'aurait pas parlé de 200,000 fr. comme de chose approximative. Il aurait parlé de 200,000 fr. tout juste. Du reste, le projet du 10 sept. 1817 prouve bien que, depuis la mort de son frère, Lavareille était dominé par l'idée de faire un testament.

Ces arguments sont suffisants pour prouver l'*una et eadem causa* des legs et des dots. Ce que demandent les nièces de Lavareille, c'est un privilège qui détruirait l'égalité prévue dans le testament et qui, contre toute probabilité, mettrait une inégalité choquante, imméritée et inexplicable, entre les frères réduits au legs de 100,000 francs et leurs sœurs ayant des avantages doubles.

Pour fortifier ces raisons, il n'est pas nécessaire d'argumenter d'un projet de testament du 10 septembre 1817, envoyé à Lavareille par le notaire Pelineau, et duquel il résulte que Lavareille prêterait ses neveux à ses nièces, et se croyait quitte envers celles-ci par les dots constituées. Il est difficile de tirer parti d'un tel écrit, qui n'a pas eu pour lui le *supremum defuncti iudicium* ; les premiers juges lui ont donné une importance exagérée.

Il faut cependant s'arrêter à une objection que présente la donation faite à madame Corn-Queyssac, le 18 fév. 1844 ; c'est la clause d'après laquelle cette donation est faite en avancement d'hoirie et sur la succession future du disposant. On peut dire que, puisque la donation est faite en avancement d'hoirie, en avancement de la succession *ab intestat* du disposant, elle ne doit pas être considérée comme l'exécution d'un legs, d'une disposition testamentaire.

Mais Lavareille a-t-il bien compris la portée de ces expressions, qui du reste ne sont pas dans les autres donations ?

A proprement parler, l'avancement d'hoirie ne s'entend que de ce qui provient d'un ascendant [1], et ces mots n'ont pas de sens dans la

[1] Dumoulin sur Paris, art. 24. Brillouin, *vo* Avancement d'hoirie.

bouche d'un oncle qui peut d'un seul mot, d'un seul caprice, disposer de sa succession entière au profit d'un étranger. Ils ont une signification profonde quand c'est un ascendant qui parle, parce qu'il est débiteur de sa succession envers ses enfants, et qu'il peut leur avancer quelque chose sur ce qu'il leur doit. Mais est-ce qu'un oncle est débiteur de sa succession envers ses nièces? Est-ce qu'il a à leur avancer quelque chose sur ce qu'il ne doit pas, sur une chose qu'une fantaisie de sa part peut leur enlever pour le tout? On risquerait donc de se tromper en prenant à la lettre ces mots déplacés, et il est plus probable que Lavareille a pu vouloir dire, dans sa pensée, qu'il faisait l'avancement du legs, qu'il accélérât une libéralité qui sans cela n'aurait été payable qu'à l'ouverture de son

hoirie. Après tout, une telle locution peut-elle déranger l'accord des faits, la suite logique des actes, l'enchaînement des présomptions? Je ne le pense pas, et je crois devoir appliquer à la cause la loi 11, C., *De legatis*.

Il y a une dernière considération.

Si Lavareille n'avait pas eu la pensée de faire un dernier testament, que serait-il arrivé dans l'état du testament de 1823? C'est que chaque donataire et légataire aurait été obligé de rapporter, c'est qu'il aurait fallu partager en trois lots égaux au profit des trois branches, une fortune qui dans son dessein ne devait pas se diviser également entre ces trois branches pour lesquelles son affection n'était pas égale.

L'arrêt fut rendu conformément à ces motifs [1].

ARTICLE 1037.

La révocation faite dans un testament postérieur aura tout son effet, quoique ce nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir.

SOMMAIRE.

2082. Dans le cas dont il est ici question, le testament n'est pas nul.

2083. La disposition de cet article est empruntée au

droit romain.

2084. Assimilation des cas du prédécès et d'indignité aux cas prévus par cet article.

COMMENTAIRE.

2082. On comprend qu'il y a une grande différence entre les cas prévus par cet article et celui où le testament est nul [2]. Ici on voit une volonté claire de retirer la libéralité; cette volonté est environnée de toutes les formes probantes, tandis que lorsque l'acte est nul, rien ne prouve l'existence de cette volonté.

2083. Le principe contenu dans notre article est emprunté aux lois romaines. La loi 20 au D., *De adim. legatis*, et la loi 54 au D., *De legatis*, 1^{re}, décident formellement que la révocation du legs doit avoir lieu quand même le

deuxième légataire serait incapable de recueillir.

2084. Le Code ne parle pas ici du cas du prédécès du légataire; mais il n'est pas douteux que le prédécès du légataire aurait la même conséquence. La loi 78, D., *ad S. C. Trebellianum* [3], le décidait expressément, et la jurisprudence l'a jugé dans le même sens [4].

Il doit en être de même si le légataire a encouru l'indignité [5].

Dans ces divers cas, la volonté de révoquer du testateur n'est pas moins certaine que dans le cas prévu par notre article.

[1] Paris, 29 avril 1831 (Devill., 51, 2, 367).

[2] *Supra*, n° 2030.

[3] Pothier, *Pand.*, t. II, p. 433, n° 27.

[4] Bordenave, 19 mars 1833 (Devill., 33, 2, 414). Cassat., rej., 15 mai 1834 (Devill., 34, 1, 321).

[5] Nallville, *Analyse raisonnée du Code*, sur l'article 1037, t. II, p. 494. Grenier, n° 314. Delvincourt, n° 10, sur la p. 101. Coin-Delisle, note 1, sur l'article 1037.

ARTICLE 1038.

Toute aliénation, celle même par vente avec faculté de rachat ou par échange, que fera le testateur de tout ou partie de la chose léguée, emportera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation postérieure soit nulle, et que l'objet soit rentré dans la main du testateur.

SOMMAIRE.

2085. L'aliénation de la chose faisant l'objet du legs indique suffisamment le changement de volonté du testateur.
 2086. Sens du mot aliénation.
 2087. Effet de l'aliénation nulle.
 2088. Quel sera le sort du legs si la chose léguée devient l'objet d'une donation et si la donation n'est pas acceptée.
 2089. Arrêt de cassation dans l'affaire du testament d'Ignace Parleau.
 2090. Que si la donation faite à la personne gratifiée dans le testament contenait absolument les mêmes dispositions, il n'y aurait pas là de révocation.
 2091. A moins que l'intention de révoquer n'apparaisse bien clairement.
 2092. L'aliénation, nulle sous le rapport des formalités extérieures, n'opère pas révocation.
 2093. Le retour de la chose aliénée entre les mains du disposant ne fait pas revivre le legs.
 2094. L'art. 1038 ne concerne pas le legs universel.
 2095. Quelles aliénations produisent l'effet de révoquer une disposition testamentaire. — Exemples.
 2096. Autre exemple tiré de l'interdiction du testateur.
 2097. Suite.
 2098. Suite.
 2099. Du caractère de l'aliénation révocatoire.
 2100. Cas dans lesquels la présomption de révocation résultant de l'aliénation cesserait d'avoir effet.
 2101. Le bail à longues années, le gage, l'hypothèque, ne sont pas considérés comme des aliénations révocatoires.
 2102. Autre cas de révocation tacite du legs.
 2103. Il y a révocation lorsque le testateur fait cesser le motif dont il a fait dépendre sa libéralité.
 2104. Mais il faut, pour cela, que le motif que le testa-

teur fait cesser soit la cause finale de la disposition.

2105. Exemple tiré de Mantieu.
 2106. De la condition apposée au legs et accomplie par le testateur lui-même.
 2107. De la révocation des testaments par la reture, la lacération et la rupture des sceaux.
 2108. C'est aux héritiers institués à prouver que le testament a été biffé et lacéré inconsciemment.
 2109. Du reste, les circonstances de fait peuvent avoir en cette matière beaucoup d'importance. — Exemple.
 2110. Que si le testament annulé est trouvé chez un tiers, quid ?
 2111. Quid lorsque le testament n'est biffé qu'en partie ?
 2112. Quid si le testament, étant fait en deux doubles, l'un de ces doubles a été biffé et raté ?
 2113. Du cas où il est prouvé que c'est par fraude que le testateur a été empêché de consommer l'entière révocation de son testament.
 2114. Le testateur peut-il exiger du notaire la remise de son testament par acte public, afin de l'annuler ?
 2115. Circulaire du 25 avril 1809.
 2116. La remise d'un testament mystique peut-elle être exigée par le testateur ?
 2117. La lacération des sceaux d'un testament mystique n'opérerait révocation qu'autant que le testament renfermé sous l'enveloppe ne serait pas olographe.
 2118. Le droit romain admettait d'une manière absolue qu'un deuxième testament révoquât le premier.
 2119. La survenance d'enfant opérerait pareillement révocation.
 2120. Il en était de même de l'ancienneté du testament.

COMMENTAIRE.

2085. L'article 1038 contient un exemple remarquable de la révocation tacite du legs : c'est celui où le testateur aliène la chose léguée. Cette aliénation est une preuve manifeste du changement de volonté du testateur, et le Code n'a fait qu'ériger en loi un principe formellement consacré par le droit romain [1].

2086. Par aliénation, la loi entend tout ce qui fait sortir la chose des mains du testateur, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, ainsi

que nous le verrons plus tard. Par exemple, la donation, la vente, l'échange sont des actes contenant aliénation du domaine. Et comme ils peuvent être accompagnés de certaines modalités qui en altèrent les effets, mais qui n'en changent pas l'essence, rien n'empêche qu'on ne considère comme un titre d'aliénation la donation avec pacte de retour, la vente avec faculté de rachat, l'échange avec condition que l'exécution n'aura lieu que dans un certain temps [2].

[1] Paul, l. 15, D., *De adim. legat.* Papien, l. 24, § 1, D., *cod. titulo*. Pothier, *Pand.*, l. II, p. 430, n° 7. Voet, *Ad Pand.*, *De adim. legat.*, n° 6. Mantica, *De conjunct. ult. vol.*, l. 12, t. VI, nos I et seq.

[2] Texte de l'art. 1038. Voy., *infra*, le n° 2099, où il sera question d'une modalité plus grave, à savoir la condition suspensive.

2087. Il y a plus, et la présomption de changement de volonté résultant de l'aliénation est tellement forte, qu'elle anéantit le legs, quand même cette aliénation serait nulle ou inutile, comme le dit positivement notre article, d'après la loi précitée de Papinien et d'après tous les auteurs : « *Nec refert utrum alienatio voluntaria effectum habuerit, an ob legis prohibitionem nulla sit* [1]. » Ainsi, l'ademption du legs ne pourrait pas être contestée, quand même la donation aurait été faite à un incapable. Nulle par le défaut de capacité du donataire, elle vaut comme preuve de révocation et d'ademption du legs.

2088. Ceci fait naître la question de savoir quel serait le sort du legs si, postérieurement au testament, le testateur avait donné la chose léguée et que la donation n'eût pas été acceptée. On saisit tout de suite la nuance qui existe entre ce cas et le précédent. Là, la donation était complète, quoique nulle; ici, elle manque d'un de ses termes. Mais cette nuance est-elle assez sensible pour commander une solution différente?

Cette question doit être examinée au point de vue des principes du droit, et aussi au point de vue de l'intention du donateur. Elle se complique de ces deux éléments.

En droit, il faut se pénétrer d'une vérité, c'est que ce n'est pas tant l'aliénation qui révoque le legs, que la volonté d'aliéner. Quand je donne à un incapable, il n'y a pas d'aliénation; et cependant le legs est révoqué, par la raison que ma volonté ne concourt plus avec la libéralité que j'avais faite, et que j'y renonce, au contraire, autant qu'il est en moi.

Partant de cette idée nous dirons : La donation non acceptée n'est pas parfaite sans doute, mais c'est en ce sens qu'elle ne peut obliger le donateur et que ce dernier peut à son gré la révoquer. Sous un autre rapport, elle contient une preuve manifeste du changement de volonté; elle peut servir à prouver que le donateur a renoncé à ses intentions bienfaisantes pour le légataire, et qu'il a voulu faire tourner ses libéralités au profit d'une autre personne; elle démontre enfin que le legs n'a pas eu pour lui *supremam defuncti voluntatem*, comme dit Papinien. Il n'en faut pas davantage pour la révocation.

2089. C'est ce que la cour de cassation a jugé le 26 avril 1823, dans les circonstances suivantes [2] :

Ignace Parleani fait un testament public le 30 août 1809, et lègue tous ses biens à la commune de Pioggiola, pour l'établissement d'une

école primaire qui devait être tenue par un ecclésiastique.

Par ce testament, Parleani donnait l'usufruit de tous ses biens au maître qui serait désigné, et auquel il imposait l'obligation de servir de vicaire au curé, et de donner la nuit l'hospitalité aux pauvres voyageurs qui viendraient la réclamer.

Il disait que dans le cas où il se trouverait parmi les descendants de ses deux nièces des sujets capables d'enseigner, et qui recevraient l'approbation de l'autorité, le maître en exercice serait obligé de résigner sa fonction entre leurs mains et de leur abandonner la jouissance de ses biens.

Le 16 septembre 1812, Parleani révoqua ce testament. Il disposa de nouveau de sa fortune au profit de la commune par donation entre-vifs, aussi pour l'établissement d'une école primaire; mais les autres dispositions furent modifiées ainsi : 1° les descendants ecclésiastiques de ses nièces, qui n'étaient appelés que secondairement à la jouissance des biens dans le testament, furent investis sur-le-champ de l'usufruit et de l'administration, si, parmi eux, se trouvait un sujet capable de tenir école; 2° le choix du maître appartenait à la municipalité, tandis que, par le testament, il devait être partagé par le curé, reconnu par l'évêque et approuvé par le préfet; 3° enfin le maître tenant école était déchargé de l'obligation de servir de vicaire et de celle de donner l'hospitalité aux pauvres voyageurs.

Par une clause finale, Parleani déclarait annuler toute autre disposition quelconque faite avant celle-ci, voulant que cette dernière seulement fût exécutée suivant sa forme et teneur.

Parleani mourut sans que la commune fit son acceptation; elle réclama les biens en vertu du testament.

La cour de Corse admit cette prétention, en se fondant sur ce que, la donation et le testament étant au profit de la même personne, on ne pouvait supposer un changement de volonté; que la donation, loin de révoquer le testament, faisait voir au contraire que le disposant avait persisté dans l'intention de gratifier la commune; que s'il y avait quelques changements dans les autres dispositions du testament, cela ne concernait pas les libéralités faites à la commune, mais bien celles faites au maître de l'école.

Quant à la clause révocatoire, la cour de Corse disait qu'étant générale et ne portant pas pré-

[1] Voet, *loc. cit.* Nantien, *loc. cit.*

[2] Devill., 8, 1, 109. *Journal du Palais*, 19, 480.

cisement sur le testament, on devait la regarder comme de style, et comme impossible à appliquer à deux dispositions qui ont foncièrement la même destination.

Cet arrêt fut déferé à la cour de cassation et cassé le 25 avril 1825.

La cour de cassation considéra que la donation révoquait doublement le testament, 1^{re} parce qu'elle contenait aliénation de tous les biens donnés dans le testament, ce qui est une révocation tacite, et que, quoiqu'elle fût faite au profit de la même personne, néanmoins les clauses et conditions étaient différentes; 2^{re} parce que, indépendamment de cette révocation tacite, elle contenait une révocation expresse dont on n'avait pu empêcher l'effet sans violer l'article 1053 du Code Napoléon [1].

Cet arrêt est fondé sur les véritables principes, et la cour de Corse les avait évidemment méconnus, sous prétexte d'une intention probable qui ne pouvait se soutenir en présence de la clause révocatoire renfermée en termes si énergiques et si précis dans la donation. Une telle clause, revêtue de toutes les formalités constitutives d'un acte public, ne pouvait être foulée aux pieds sans méconnaître la foi due aux actes les plus solennels [2].

Nous pensons que la cour suprême a rétabli le fait et le droit dont la cour de Corse s'était écartée.

2090. Ajoutons cependant que si l'aliénation faite par donation à la personne déjà gratifiée contenait absolument les mêmes dispositions, sans aucun changement de conditions ni de clauses, et sans clause révocatoire, alors la donation ne pourrait être considérée comme une révocation de legs; ce serait là au contraire la confirmation expresse du legs. C'est ce que la cour de cassation a encore décidé par arrêt du 6 juin 1814 [3]. « attendu, dit cet arrêt, que la « disposition de l'article 1058, qui déclare le « legs révoqué par l'aliénation postérieure de la « chose léguée, est évidemment fondée sur la « présomption légale d'un changement de volonté de la part du testateur; mais que cette « présomption cesse de plein droit lorsque l'aliénation est faite au profit de la personne « même du légataire. »

Mais s'il s'agissait d'une donation faite à une autre personne que le légataire, il est évident, ainsi que nous venons de le démontrer, que cette donation, quoique nulle par le défaut d'ac-

ception du donataire, serait suffisante pour révoquer le legs.

2091. Néanmoins, il ne serait pas impossible que l'intention bien démontrée du donateur fût fléchir les raisons de droit sur lesquelles nous nous sommes appuyé jusqu'à présent.

Supposons qu'il soit constaté que le testateur avait entendu subordonner sa révocation à l'acceptation du donataire; que, par exemple, il se soit abstenu, à dessein, de rendre la donation contradictoire avec lui, se réservant d'examiner plus tard s'il lui donnerait suite, dans ce cas et autres analogues, où surtout la clause de révocation ne serait pas exprimée, comme elle l'était dans l'espèce rapportée au numéro 2089, on pourrait très-bien décider, sans se mettre en contradiction avec les principes du droit, qu'une telle donation est un acte incomplet, et qu'elle n'a pas la vertu de révoquer le testament. C'est ainsi qu'on peut expliquer, peut-être, un arrêt de la cour de Paris, du 11 décembre 1847 [4], qui a soulevé les éristiques des arrétistes. Nous serions assez porté à croire que les observations de ces derniers n'ont pas tenu assez de compte des circonstances de fait qui ont pu influencer l'arrêt de la cour d'appel.

2092. Malgré la généralité des termes dont se sert notre article, on ne devrait pas avoir égard à l'aliénation, dans le cas où elle serait entachée, non pas d'un défaut de capacité ou d'une nullité tenant à des solennités extrinsèques, mais d'une nullité touchant à la forme extérieure. Par exemple, si la donation était nulle par défaut de forme, elle n'annulerait pas un legs contenu dans un précédent testament; car un tel acte, n'étant pas revêtu des formes probantes, ne pourrait produire aucun effet, et il devrait être considéré comme non venu [5]. Si donc la révocation était expressément contenue dans un acte notarié nul sous le rapport des solennités extérieures, elle ne pourrait pas opérer [6]. A plus forte raison serait-elle insuffisante si elle résultait tacitement d'un acte qui n'a pas les conditions nécessaires pour son existence.

2093. Notre article déclare formellement, d'après une jurisprudence qui n'a été contestée à aucune époque, que le retour de la chose aliénée dans la propriété du disposant ne fait pas revivre le legs, soit que ce retour s'opère par la voie de rachat, soit qu'il ait lieu d'une autre manière [7]. En effet, la disposition, ayant été

[1] La doctrine de cet arrêt fut suivie par la cour de Lyon, à laquelle l'affaire fut renvoyée. Lyon, 7 février 1827 (Devill., 8, 2, 338).

[2] *Supra*, n° 2046 et *arg.*

[3] Devill., 4, 1, 377.

[4] Devill., 1848, 2, 337.

[5] Voy. *contra*, Aubry et Rau sur Zachariae, t. V, p. 725, note 20. Devill., en note, 48, 2, 357.

[6] *Supra*, n° 2050, art. 1033.

[7] Mantica, *loc. cit.*, n° 6.

auéantie une fois par la volonté attachée à l'aliénation, ne peut recouvrer son existence que par une nouvelle déclaration de volonté revêtue des solennités requises par la loi. Voet développe ce principe avec la justesse qui le distingue [1].

2094. L'art. 1038 n'est applicable qu'aux legs d'un corps certain ou d'objets déterminés, définis et limités. Il ne concerne pas le legs universel qui comprend tout ce que le testateur laissera à son décès [2], ni le legs à titre universel qui comprend une quote-part de l'universalité des biens. Ainsi, si Titius, après avoir institué Calus son légataire universel, vend tous ses biens, on ne peut pas dire que le legs universel soit révoqué, quand même la vente ne laisserait rien dans la succession; car le legs pourrait devenir utile par la suite, si des biens venaient à échoir dans l'hérédité du défunt [3]. Cette solution est applicable surtout quand le legs et la vente ont été faits à la même personne [4].

2095. Examinons, maintenant, quels actes constituent une aliénation dans le sens de la loi, et quelles aliénations produisent l'effet de révoquer une disposition testamentaire.

D'après le droit romain, toutes les aliénations n'étaient pas une preuve que le testateur avait voulu révoquer sa libéralité : on n'attribuait cet effet qu'aux aliénations volontaires. « *Quando alienatio facta est ex liberâ voluntate.* » Mais si l'aliénation était faite *ex necessitate*, le legs n'était censé révoqué qu'autant que l'héritier prouvait que le testateur avait voulu échanger de volonté. Si cette preuve n'était pas rapportée, on présumait qu'il n'y avait pas de échange, et l'héritier était obligé de racheter la chose ou d'en donner le prix [5].

Les interprètes avaient posé comme une règle générale que, dans le doute, l'aliénation à titre onéreux était censée faite *ex necessitate* [6]. Ainsi, comme l'échange était un contrat d'aliénation à titre onéreux, ils décidaient qu'il n'opérerait pas de changement de volonté, à moins que l'héritier n'eût fourni la preuve (toujours très-difficile et souvent presque impossible), que le

testateur avait renoncé à sa première disposition.

On peut dire avec confiance que le Code Napoléon a rejeté ces conjectures subtiles, source intarissable de procès et de controverses. Toute aliénation, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, doit donc être considérée comme opérant la révocation du legs sans distinction du cas où elle a été faite avec ou sans nécessité. C'est ce qu'exprime très-nettement le tribun Jaubert dans son rapport au tribunal [7].

Ainsi donc le legs ne sera pas moins révoqué, quoique la vente de l'objet légué ait eu lieu par suite du besoin où se trouvait le testateur de vendre son bien pour payer ses dettes; il ne peut avoir persisté dans une volonté libérale dont il a reconnu lui-même qu'il lui était impossible de réaliser les effets.

Quant à la vente subie par le disposant, pour cause d'utilité publique ou de saisie réelle, il est évident que si elle n'entraîne pas la révocation du legs par changement de volonté, elle l'entraîne par la non-existence de la chose [8]. Il en serait de même de l'aliénation effectuée au profit d'un copartageant, de l'objet dont le testateur aurait légué la portion indivise [9]; en pareil cas, le legs manquerait d'objet, et l'héritier ne serait tenu, à aucun titre, d'indemniser le légataire.

2096. On pourrait croire, au premier coup d'œil, qu'il faut porter une décision semblable, quand il s'agit d'une aliénation faite par le tuteur d'un interdit qui, par mesure d'administration, a vendu la chose léguée par cet interdit dans un testament antérieur à son interdiction. Mais, en y regardant de près, on s'aperçoit qu'il y a quelques nuances dont il faut tenir compte, et qui mènent, dans certains cas, à des résultats différents.

Supposons que Pierre ait fait un testament qui lègue un corps certain ou un immeuble à Titius : Pierre est plus tard interdit, un tuteur lui est donné : ce dernier, avec l'autorisation du conseil de famille, aliène l'immeuble par des raisons plausibles de bonne gestion.

Pierre décède.

Dans sa succession, on trouve, à la place de

[1] Loc. cit., n° 6.

[2] Ass. (Jurisp. de Belg., 1824, 2, 531).

[3] Cassat., 17 mai 1824 (Devill., 7, 1, 480). Journal du Palais, 1824, t. III, p. 49. Cassat., 15 février 1827 (Devill., 8, 1, 528). Journal du Palais, 1828, t. I, p. 519. Cassat., 15 novembre 1841 (Devill., 42, 1, 179). Cassat., req., 1er décembre 1851 (Devill., 32, 1, 25). Colmar, 7 août 1854 (Devill., 1855, 2, 223). Montpellier, 20 avril 1842 (Devill., 42, 2, 54).

[4] Cassat., 7 mai 1808 (Devill., 2, 1, 527). Journal du Palais, 1808, t. II, p. 321. Liège, 19 novembre 1811 (Devill., 3, 2, 619). Toullier, t. V, n° 659.

[5] Ulpian, l. II, § 12, D., De legat., 3°. Modestin, l. 18, D., De adm. legat. Pothier, Pand., t. II, p. 431, n° 8. Manles, loc. cit., nos 12 et 13. Voet, loc. cit., n° 6.

[6] Nantia, loc. cit.

[7] Frenet, l. XII, p. 611. Locré, t. XI, p. 474.

[8] Toullier, l. V, n° 659. Delvincourt, note 7, sur la p. 104, t. II. Coin-Delisle, n° 3, sur l'art. 1038.

[9] Poitiers, 16 juillet 1824, et sur le pourvoi, Cassat., rej., 28 février 1826 (Devill., 7, 1, 268). Voy. supra, n° 1932, la citation de cet arrêt.

l'immeuble, les valeurs mobilières qui le représentent. Le legs de l'immeuble est-il révoqué?

Non ! ce n'est pas le testateur qui a aliéné : c'est son tuteur, qui a procédé à l'aliénation par un acte de bonne administration. Mais cet acte ne doit pas dénaturer la disposition [1]. La volonté du testateur ne saurait s'expliquer par les actes d'une personne étrangère [2].

Dira-t-on que le legs est caduc [3] ? Ce serait aller trop loin. Des mesures d'administration ne sauraient produire un effet aussi grave. Elles n'atteignent pas le fond, et ce serait altérer leur caractère que d'aller jusqu'à en tirer une cause de caducité.

Il ne pourrait y avoir caducité qu'autant que l'aliénation aurait eu pour cause l'obligation de payer les dettes du testateur, ou de procurer des aliments à lui ou aux siens : ce serait un cas analogue au cas de perte, prévu par l'art. 1042 du Code Napoléon.

2097. Mais le légataire pourra-t-il faire opposition aux mesures d'administration et d'aliénation dont il vient d'être question ? La cour d'Angers a décidé avec raison l'affirmative par arrêt du 29 mars 1858 [4]. A la vérité le testament ne produit pas d'effet avant le décès ; mais quand le testateur est interdit, il ne saurait être défendu de prendre les mesures nécessaires pour que sa volonté ne soit pas dénaturée.

2098. Du reste, ce cas n'est pas le seul où la gestion du tuteur de l'interdit peut avoir une influence sur la portée du testament fait avant l'interdiction [5]. On peut poser cet autre cas : un testateur a fait un legs du mobilier, valeurs de portefeuille, rentes sur l'État, etc., etc., à Pierre. Ce testateur a une fortune considérable. Des économies annuelles se font sur le revenu ; comment les placera-t-on ? En rentes ? le tuteur enrichit le légataire du mobilier. En immeubles ? il l'appauvrit. Tout dépend alors des nécessités d'une sage et bonne administration [6], et ce que le tuteur a fait dans ce but doit être respecté.

Mais supposons que le tuteur soit lui-même

légataire des immeubles et qu'il ait une connaissance directe ou indirecte du testament. Il faut voir s'il a agi de bonne foi et au mieux des intérêts qui lui sont confiés. Que s'il apparaît que par une de ces fraudes que les coutumes françaises supposaient facilement [7], il a voulu faire sa propre affaire plutôt que celle de l'interdit, il ne faudrait pas hésiter à refuser toute force à l'acte émané de lui, lors même qu'il l'aurait converti d'une approbation du conseil de famille. De deux choses l'une : ou le conseil a été trompé par le tuteur, et dans ce cas son approbation étant surprise ne saurait avoir d'autorité ; ou bien il se serait associé à la pensée d'intérêt personnel du tuteur, et dans ce second cas sa délibération vaudrait encore moins.

2099. Mais revenons au caractère que doit avoir l'aliénation pour être révocatoire, et disons un mot des ventes faites avec une condition.

La présomption légale de révocation qui résulte de l'aliénation n'a une valeur véritablement décisive que lorsque l'aliénation n'est pas subordonnée à une condition suspensive. On sait, en effet, quelle est la puissance de la condition suspensive ; elle tient la disposition en suspens, tant qu'elle n'est pas réalisée ; et son accomplissement est indispensable pour que cette disposition prenne son caractère définitif. Il suit de là que si la condition ne s'accomplit pas, l'aliénation n'a jamais eu lieu ni en droit ni en fait, ni même au point de vue de la volonté du testateur qui n'a jamais été une volonté actuelle et complète d'aliéner. On ne conçoit pas dès lors comment elle pourrait révoquer le testament [8]. C'est ce qu'a jugé la cour de Caen, par arrêt du 26 novembre 1847 [9]. Inutile de dire, du reste, qu'il en serait autrement si la condition était résolutoire ; car une telle condition n'empêche pas l'aliénation d'avoir été consommée, et il résulte de cette aliénation une incompatibilité avec la disposition testamentaire.

2100. Comme l'aliénation de la chose léguée

[1] Ainsi plaidé par M^e Séuart (affaire de Tilliers) devant la 1^{re} chambre de la cour de Paris, les 18 novembre, 9 décembre et 19 décembre 1851 (Gazette des Tribunaux, 20 décembre 1851).

[2] Jugement du tribunal de la Seine du 2 avril 1850 (affaire de Tilliers).

[3] Un arrêt d'Angers semblerait le croire, 29 mars 1858 (Devill., 58, 2, 260).

[4] Devill., 58, 2, 260.

[5] Art. 901.

[6] Affaire de Tilliers précitée.

[7] L'art. 351 de la Coutume d'Orléans voulait que les deniers provenant du rachat de rentes appartenant à des mineurs fussent censés, pendant la durée de la minorité, de même nature et qualité d'immeuble qu'étaient les rentes ainsi rachetées, pour retourner au parent du

côté et ligne dont lesdites rentes procédaient. — Le motif de cette disposition était d'obvier aux fraudes des tuteurs, qui, contre l'intérêt de leurs mineurs, dans la vue d'avoir meilleure part dans leur succession, s'ils venaient à mourir, procuraient le rachat des rentes de leurs mineurs propres d'une autre famille que la leur (Pothier sur Orléans, 351).

[8] Toullier, t. V, n° 655. Dalloz, *Dispos. entre-vifs et testam.*, ch. 3, sect. 1, art. 2, n° 21. Vazeille sur l'art. 1058, n° 7. Poujol sur l'art. 1058, n° 7. Contrà, Delvincourt, note 8, sur la p. 101. Coin-Delisle, note 4, sur l'art. 1058. Duranton, t. IX, n° 450. (Cet auteur ajoute toutefois que la solution peut dépendre des circonstances.)

[9] Devill., 48, 2, 359.

n'est qu'une présomption tendant à prouver la révocation du legs, elle cesse d'avoir cet effet, quand il y a des circonstances résultant de la disposition elle-même qui sont exclusives de toute idée de révocation. Si, par exemple, le testateur a légué sa vigne ou l'estimation de cette vigne, on ne pourra pas dire que la donation ou la vente de la vigne révoque le legs. Il restera toujours le legs de l'estimation que l'aliénation n'empêchera pas de subsister [1].

2101. Enfin, pour terminer ce qui nous reste à dire au sujet de la révocation produite par aliénation, ajoutons que les actes qui ne contiennent qu'une aliénation improprie ne peuvent entraîner révocation; c'est pourquoi le bail à longues années, le gage, l'hypothèque ne sont pas considérés comme contenant l'ademption d'une disposition testamentaire [2].

2102. L'aliénation n'est pas le seul mode de révoquer tacitement un legs. En parlant particulièrement de ce mode, le Code n'a fait que proposer, suivant l'expression de Joubert [3], un cas important où la révocation a lieu tacitement. Mais la loi n'exclut pas les autres cas où la preuve du changement de volonté peut être recueillie de faits positifs et irrécusables.

A la vérité, un arrêt de cassation du 5 mai 1824 [4] a jugé que la révocation d'un testament ne peut s'induire ni de présomptions, ni de conjectures, quelque graves qu'elles soient. Mais cet arrêt, très-juste dans l'hypothèse où il a été rendu, ne doit être pris qu'avec précaution pour les cas qui s'éloignent de son espèce.

La cour de cassation reconnaît elle-même, dans l'arrêt dont il s'agit, qu'outre la révocation expresse et celle qui résulte de l'incompatibilité de deux testaments, il y a encore d'autres moyens de révoquer un testament, savoir : la rature, la laceration de l'acte dont nous nous occuperons tout à l'heure [5]. Elle aurait pu ajouter, outre l'aliénation de la chose léguée, la transformation en un objet qui n'a ni le même nom ni la même forme, et c'est ce que nous verrons plus tard [6]. Or, il est clair que ce sont là des preuves de changement de volonté résultant de faits positifs et de présomptions aussi graves que possible. Il ne faut donc pas fermer le champ des présomptions; il faut seulement le circonscrivre. On repoussera les conjectures et

présomptions que les jurisconsultes appellent présomptions de l'homme (*quæ pendent ex diversis motibus*), et qui égarent souvent l'esprit au lieu de le diriger. Mais on aura un sérieux égard aux présomptions qui découlent logiquement, irrésistiblement, d'un acte, d'un fait, et qui sont comme une vérité légale et juridique déclarée par la force de la raison [7].

2103. Ceci posé, entrons dans le détail des causes de révocation tacite auxquelles on ne saurait refuser une autorité décisive.

Et, d'abord, nous en trouvons une très-considérable et très-grave, dans la circonstance que le testateur a fait cesser le motif dont il avait fait dépendre le legs.

« *Consequenter sciendum est*, dit Mantien [8], *quod adempto onere infuncto in rati* »
« *modi, legatum quoque ademptum intelligi-* »
« *tur.* »

Un testateur avait disposé que ses héritiers, s'il venait à mourir dans la province, donneraient à Lucius Titius une somme de 60 francs, afin que cet individu se chargât du soin de conduire ses restes à Rome sa patrie; il avait ajouté que ce qui resterait de cette somme appartiendrait à Lucius Titius à titre de legs. Le même jour, le même testateur fit un codicille, et chargea ses héritiers, dans le cas où il mourrait, soit dans la province, soit en route, de faire conduire son corps dans la Campanie, et de l'ensevelir dans le tombeau de ses enfants. On demanda si cette seconde disposition ne révoquait pas le legs fait à Lucius Titius, et Scavola rapporte qu'il fut décidé affirmativement sur cette question, par la raison que le testateur avait déchargé Titius du soin de faire transporter ses restes à Rome, et que cette charge avait été la cause du legs [9].

De même, dit Pothier [10], le legs fait à celui qui est nommé exécuteur testamentaire dans un testament, en récompense des soins qu'il se donnera, serait révoqué si le testateur nommait un autre exécuteur testamentaire par un second testament.

2104. Mais il faut bien observer que le legs n'est censé révoqué dans le cas dont nous parlons, qu'autant que le mode, la charge, ou la cause que le testateur fait cesser, sont la cause finale de la disposition. C'est une observation

[1] Mantien, *De conject. ult. vol.*, l. 12, t. VI, n° 16, d'après Balde, Jason, P. de Castro.

[2] Mantien, *loc. cit.*, n° 24. Voet, *loc. cit.*, n° 6. *Supra*, n° 1942 et suiv., art. 1020.

[3] Ferri, t. XII, p. 611. Locré, t. XI, p. 474.

[4] Dalloz, 1824, t. 185. Devill., 7, t. 432. *Journal du Palais*, 1824, t. 8, p. 679. *Infra*, n° 2112.

[5] *Infra*, n° 2107.

[6] *Infra*, sur l'art. 1012, n° 2158 et suiv.

[7] Mantien, *De conject. ult. vol.*, l. 1, t. II, n° 1 et 5.

[8] *Loc. cit.*

[9] Scavola, l. 50, § 2, D., *De adim. legat.* Pothier, *Pand.*, l. II, p. 431, n° 12. Pothier, *Donat. testam.*, ch. 6, sect. 2, § 3. *Supra*, n° 389 et 3018.

[10] Pothier, *Donat. testam.*, *loc. cit.*

que font tous les auteurs en général (1). En effet, lorsque la cause est finale, le legs n'est que l'accessoire; la charge est le principal. Dans l'exemple pris de l'exécuteur testamentaire, l'objet spécial qui a dirigé en premier ordre le testateur, c'est de charger un ami de veiller à l'exécution de ses dispositions testamentaires; l'objet secondaire a été de lui témoigner sa reconnaissance par une libéralité. Si donc le principal manque, l'accessoire doit manquer aussi.

Si, au contraire, la cause du legs n'était pas finale, et qu'elle ne fût qu'impulsive, comme la cause impulsive n'est pas essentiellement liée au legs (*legato non coheret*), et qu'elle n'en a été qu'un motif accessoire, la cession de cette cause ne pourrait opérer la révocation du legs.

Caius vous donne un bien estimé 10,000 fr., à la charge que vous payerez à Titius une somme de 100 francs qu'il lui doit. Avant de mourir, Caius paye lui-même cette dette. La cessation de la charge fera-t-elle cesser le legs? Nullement, il est bien clair que lorsque Caius vous a donné 10,000 francs, il n'était pas mû par le motif unique, principal, que vous payassiez les 100 francs à son débiteur. Il y a une si grande disproportion entre le legs et la charge, qu'on peut en tirer la preuve inattaquable que si le testateur vous a gratifié, c'est par un motif de pure libéralité, indépendant de l'acquiescement de sa dette minime.

2105. Mantica dit que l'espèce suivante fut très-controvertée à la rote romaine (2).

Un legs de 1,000 écus avait été fait à quelqu'un, avec charge de construire une chapelle et d'y placer les armoiries de la testatrice et de son défunt mari. Par un codicille, la testatrice avait en tout subrogé un autre individu à son premier légataire. Mais, avant de décéder, elle avait fait construire elle-même la chapelle qu'elle avait témoigné le désir qu'on lui édifiât après sa mort, et elle y avait fait apposer les armoiries susmentionnées. On demandait, dans cet état de choses, si le legs était dû, ou bien s'il était abrogé. La difficulté venait de la question de savoir si le mode ajouté à la disposition en était ou non la cause finale. Mantica assure que les opinions furent partagées, et il ne fait pas connaître la décision intervenue. Notre avis serait (*salut veritate*), comme dit Bartole dans les cas difficiles que le legs était révoqué, et

que l'obligation de construire une chapelle était la cause finale du legs.

En effet, nous ne voyons, dans une pareille disposition, aucune intention manifeste de gratifier le légataire: l'émolument du legs se trouve tellement proportionné à la charge, qu'il parait certain que l'un a été fait pour l'autre. L'érection de la chapelle a dû être l'objet principal; le don de 1,000 écus n'est que le moyen d'y parvenir. On serait donc fondé à appliquer, en sens inverse, cette règle donnée par Mantica (3): « *Ex hoc eleganter deducitur quod si modus non absorbeat totum ferè legatum, adempto modo, non intelligitur ademptum legatum, quia non censetur esse causa finalis...* » Donec, quand la charge absorbe le profit du legs, l'ademption de la charge révoque le legs, parce qu'on doit considérer cette charge comme la cause finale de la disposition.

Du reste, comme nous l'avons dit ailleurs (4), dans le doute la cause est censée impulsive.

2106. Quant à ce qui concerne la condition, le retranchement de ce genre de modalité par le testateur ne fait autre chose que rendre la disposition pure et simple, au lieu de conditionnelle qu'elle était (5). Je lègue à Sempronius 2,000 francs, s'il paye à Caius les 800 francs que je lui dois: postérieurement je lui défends de payer cette somme. Le legs deviendra pur et simple (6).

Mais si le testateur accomplit lui-même la condition, que devra-t-on décider? Ceci est tout autre chose. Papinien (7) enseigne que le legs est révoqué, ou, pour parler plus exactement, que la condition est défailante et que, par conséquent, la disposition tombe. Un testateur avait légué la liberté à son esclave, s'il payait les dettes par lui contractées envers Titius. Avant de décéder, mais après la confection du testament, le testateur s'acquitta auprès de son débiteur. Question de savoir si l'esclave pouvait prétendre à la liberté. Il fut décidé que non, et que loin de considérer la condition pro impletâ, il fallait la considérer comme défailante (8).

La raison de cette différence, entre ce second cas et le premier, s'explique ainsi: lorsque le testateur se borne à déclarer qu'il ne veut pas que la condition soit accomplie, il est clair qu'il a voulu que la disposition s'accomplisse purement

(1) Balde, sur l'aut. *Ingressi*, n° 15. Mantica, loc. cit. n° 29. Toulhier, t. V, n° 634. Merlin, *Répert.*, v° *Révoq. de legs*, § 2, n° 6, p. 140, et encore v° *Legs*, sect. 3, § 1, n° 15. Vazeille sur l'art. 1036.

(2) Mantica, *De conjunct. ult. vol.*, l. 12, § 11, n° 27.

(3) Loc. cit., n° 30.

(4) *Supra*, n° 385, art. 900.

(5) Bartole sur la loi *Si quis servum*, D., *De cond. et demonstr.*, n° 1. Mantica, loc. cit., n° 32.

(6) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 462, n° 69.

(7) L. 72, § 7, D., *De cond. et demonstr.*

(8) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 453, n° 24. Voet, *Ad Pand.*, *De cond. instit.*, n° 18.

et simplement ; car, en parlant d'une part de la condition pour l'abroger, en se taisant de l'autre sur la disposition, il a entendu laisser à la disposition toute sa force. Mais lorsque, par un acte formel, il satisfait lui-même à la condition, et que par là il la rend défailante, il ruine en même temps la disposition dont elle était la cause finale.

On sent aisément qu'autre chose est ne pas vouloir qu'une condition s'accomplisse, autre chose est la remplir soi-même. Dans le premier cas, il y a renonciation à la condition, et la disposition devient, par conséquent, pure et simple. Dans le second cas, il n'y a pas renonciation à la condition ; bien loin de là, le disposant a montré y tenir tellement qu'il s'est empressé de l'accomplir lui-même [1].

2107. Nous arrivons maintenant à un autre cas de révocation des testaments. C'est la révocation qui a lieu par la rature, la lacération, la rupture des sceaux, et que nous mentionnions il n'y a qu'un instant [2]. Le Code n'en a point parlé ; mais son silence ne doit pas nous empêcher de jeter un coup d'œil sur ce nouveau moyen auquel peut avoir recours le testateur pour détruire son ouvrage.

Une règle générale, donnée par les Romains et qui est de tous les temps et de tous les lieux, c'est que la lacération ou la cancellation d'un testament l'annule et le révoque, lorsque ces actes de destruction ont été faits sciemment (*consulto*) par le testateur, ou par son ordre [3].

Nous disons que le testateur doit agir *consulto* : car, s'il était prouvé qu'il a froissé, déchiré ou biffé l'acte par méprise, ou dans un moment de folie [4], ou que c'est un tiers qui a froissé, déchiré ou biffé lui-même le testament sans l'ordre du disposant, l'acte conserverait toute sa force [5], pourvu cependant qu'on pût le représenter pour faire preuve de son contenu.

Mais il faut observer que, lorsqu'on excipe d'un testament froissé, biffé ou déchiré, et que ce testament est trouvé dans la maison du testateur (*si reperitur testamentum apud testato-*

rem), la présomption est que le testateur a froissé, biffé ou déchiré lui-même le papier, et qu'il a échangé de volonté. C'est la règle que donne Mantica, d'après Balde, Imola et Paul de Castro [6], et c'est aussi ce qu'enseignent Fargole [7] Voet [8], Hüliger sur Doneau [9]. La raison indique, d'ailleurs, suffisamment que ces auteurs sont dans le vrai.

2108. C'est donc aux héritiers institués qu'il incombe de prouver que c'est *inconsulto* que le testament a été biffé, lacéré, froissé ; mais cette preuve est très-difficile [10].

Ajoutons que si le testament avait été entièrement détruit, lors même que les héritiers prouveraient que cette destruction a eu lieu par force majeure (par exemple, par un incendie), ils ne seraient pas admis à établir par la preuve testimoniale quelles étaient les dispositions renfermées, à leur profit, dans le testament. On ne peut pas refaire, après la mort du testateur, un testament qu'il a laissé périr et qu'il n'a pas refait de son vivant.

2109. Du reste, comme tout repose sur des présomptions indiquées par la raison, et que ces questions sont autant de fait que de droit, on doit examiner avec beaucoup d'attention tout ce qui peut éclairer sur les véritables intentions du testateur [11].

Supposons, par exemple, que l'on trouve, dans les papiers du disposant, un testament olographe, et que le papier qui contenait le testament et le millésime ait été visiblement altéré par les rats, la présomption de changement de volonté cesserait [12].

Pourtant, si la date ou la signature avait entièrement disparu, de telle sorte qu'on ne pût en retrouver la trace, il serait bien difficile de voir autre chose qu'une volonté incomplète dans un acte qui se produirait dans cet état informe. Il ne manquerait pas non plus de bonnes raisons pour supposer que le testateur n'a attaché aucune importance sérieuse à une pièce qu'il aurait ainsi oubliée ou négligée.

2110. Si le testament, au lieu d'être trouvé chez le testateur, est trouvé chez un tiers entre

[1] *Supra*, n° 2075, art. 1036 ; n° 2104, art. 1038.

[2] *Supra*, n° 2102.

[3] Ulpien, l. 1, § 1, D., *De his que in test. delentur*. Poëtier, *Pand.*, t. II, p. 194. n° 1. Mantica, *loc. cit.*, t. 12, l. 1, n° 27. Voet, *ad Pand.*, l. 28, t. IV, n° 1. Doneau, *Comm.*, l. 6, cap. 16, n° 4. Fargole, *loc. cit.*, ch. 11, n° 78. Toullier, t. V, n° 637.

[4] Scavola, l. *ultima*, D., *De injusto test.*

[5] Voy. Mantica, Voet, Doneau et les auteurs précédés.

[6] Mantica, *loc. cit.*, n° 30.

[7] *Loc. cit.*, n° 80.

[8] *Loc. cit.*, n° 4.

[9] *Comm.*, l. 6, cap. 16, note 4.

[10] Toullier, t. V, n° 666.

[11] Cassat., rej., 21 février 1837 (*Devill.*, 37, t. 432). Cet arrêt est rendu dans une espèce où la cour d'Angers avait déclaré que deux traits de plume fortement marqués, qui s'étendaient obliquement et sans interruption du haut en bas du corps de l'écriture d'un testament olographe, émanant du testateur et avaient eu pour but de révoquer ce testament.

[12] Merlin, *Repert.*, v° *Testament*, sect. 2, § 1, n° 6, cité sur ce point au arrêt de la grand'chambre (parlement de Paris), du 6 juin 1764.

les maux duquel il était déposé, Hilliger pense, par argument de la loi 44. D., *De fals.*, qu'on doit supposer que la cancellation est le fait de celui chez qui le testament est trouvé (1). Mais cette présomption peut être souvent combattue par bien des présomptions contraires, et il faudra se déterminer par des raisons tirées du caractère du dépositaire, de ses relations avec le déposant, de ses sentiments pour les héritiers et de beaucoup d'autres circonstances que la cause peut offrir.

2111. Les auteurs enseignent que si tout le testament n'est pas biffé, mais qu'il n'y ait que certaines parties du testament qui le soient, l'acte n'est pas révoqué pour le tout, et qu'il n'y a révocation que pour la partie raturée... (*Quod si pars tantum testamenti deleta appareat, valet quod remanet* [2]).

Cela est vrai en général.

Mais si la rature portait sur une énonciation prescrite à peine de nullité pour la validité du testament, le testament serait nul pour le tout. Ainsi, supposons que le testateur, ayant fait son testament olographe, efface sciemment la date ou la signature, le testament serait nul; car tout testament olographe doit, à peine de nullité, contenir la date et la signature du testateur.

2112. Lorsqu'un individu a fait un testament olographe en deux doubles parfaitement semblables, et qu'ensuite il a annulé un de ces doubles, en le biffant et raturant, la suppression de l'un des doubles n'entraîne pas nécessairement l'annulation de l'autre. Il faudrait pour cela qu'il fut prouvé d'une manière formelle et légale, que le testateur a voulu mourir *intestat*; sinon, il reste un acte probant, complet, valable, et force doit lui demeurer.

Ce serait même vainement qu'on se livrerait à des présomptions pour établir que la cancellation d'un des doubles entraîne, par voie de conséquence, la révocation de l'autre double resté intact. De simples présomptions sont insuffisantes pour infirmer l'autorité d'un acte revêtu de toutes les solennités qui le rendent valable [3].

A plus forte raison, devra-t-on écarter l'offre d'une preuve testimoniale, tendant à démontrer que le testateur a voulu mourir *intestat*. Il est vrai qu'à Rome, on admettait les héritiers légitimes à prouver que telle avait été l'inten-

tion du disposant [4]. Et c'était là aussi l'ancienne jurisprudence, au rapport de Merlin [5]. Mais elle est inadmissible aujourd'hui, quoi qu'en dise Toullier [6].

En effet, si on ne peut admettre les présomptions morales pour décider de la révocation d'un testament, ainsi que nous venons de le voir tout à l'heure [7], il s'ensuit qu'on ne peut pas non plus admettre la preuve testimoniale pour justifier que le testateur a été dans l'intention de le révoquer [8].

2113. Il y a cependant une exception à ces idées; c'est lorsque le testateur a été empêché par fraude de consommer l'entière révocation de son testament, et qu'on a soustrait à son action le double qui restait à annuler. En pareil cas, la preuve testimoniale est admissible, et la partie intéressée est tout à fait fondée à justifier, par ce moyen ou par tout autre équipollent, que la ferme volonté du testateur était de révoquer ses dispositions testamentaires.

Par testament olographe du 30 juillet 1825, rédigé en triple original, la dame de Ronnay avait institué pour sa légataire universelle Anne Guimond, femme Gérard. A la mort de la testatrice, arrivée le 12 août 1833, deux exemplaires de ce testament furent trouvés au domicile de la dame de Ronnay, biffés et bâtonnés. Le troisième exemplaire était en la possession de l'abbé Guimond, confesseur de la testatrice, frère de la légataire universelle. Celle-ci demanda l'exécution du testament. Les héritiers légitimes s'y opposèrent, en soutenant que la dame de Ronnay avait entendu anéantir son testament et par conséquent le révoquer.

Il est vrai que deux exemplaires seulement étaient détruits; mais les héritiers établissaient aux débats que, dans la pensée de la testatrice, ces actes de destruction résultant de la cancellation devaient porter aussi sur le troisième exemplaire déposé aux mains de l'abbé Guimond, et que, si ces actes n'avaient pas eu tout l'effet qu'ils devaient avoir, c'était par suite des manœuvres frauduleuses du dépositaire. Ainsi, il résultait des faits du procès que l'abbé Guimond avait promis à la dame de Ronnay, qui venait de canceller les deux exemplaires de son testament, qu'il allait s'empresse, selon son désir, de jeter le troisième au feu. La dame de Ronnay, qui avait la plus grande confiance dans son confesseur, n'avait pas douté qu'il n'eût

[1] Sur Doucet, L. 6, cap. 10, note 1.

[2] Voet, *loc. cit.*, n° 3.

[3] Cassat., 5 mai 1824 (Dalloz, 24, 1, 183). Voyez *supra*, n° 2102.

[4] Papinien, L. 4, D., *De his que in test. deleta*.

[5] *Repert.*, v° *Revoc. de testam.*, § 4..

[6] T. V, n° 664.

[7] N° 2102.

[8] Argument de l'art. 1355 du C. Nap.

tenu sa promesse. Et cependant, celui-ci n'en avait rien fait !...

La cour jugea, par arrêt du 4 juin 1841 (1), que ce n'était pas ici le cas d'appliquer les articles 1035 et 1036, qui disposent que la révocation d'un testament ne peut résulter que d'un acte écrit. « On ne saurait, en effet, dit l'arrêt » rendu dans cette affaire, admettre, sans arriver à des conséquences qui répugnent à l'équité et à la raison, qu'un légataire qui aurait pratiqué des manœuvres coupables pour conserver un testament que le testateur déclarait croire anéanti, qu'un héritier qui aurait eu l'adresse de dérober et de détruire un testament qui le dépouillait, pussent profiter de leur fraude et se trouvaient à l'abri de toutes recherches, quelques preuves que l'on pût apporter de cette fraude et quelque convaincantes que fussent ces preuves. »

2114. Les cas de destruction, dont nous venons de nous occuper, se présentent ordinairement lorsque le testament est olographe, parce qu'alors le testateur le conserve par devers lui, et peut à sa volonté le raturer, le biffer, le déchirer en tout ou en partie. Mais si le testament est fait par acte public, comme le testateur ne le conserve pas entre ses mains, et que c'est le notaire qui en reste dépositaire, ainsi que de tous les actes qu'il reçoit d'après l'article 20 de la loi sur le notariat, il ne peut plus en être de même.

Ou s'est demandé, à cet égard, si le testateur peut révoquer son testament par acte public, en exigeant que le notaire lui en fasse remise (2).

Nous avons déjà touché quelques notions qui peuvent faciliter l'éclaircissement de cette question (3), et elle peut se résoudre par des considérations très-simples.

D'abord, le testament par acte public ne saurait être passé en brevet, le notaire doit en garder minute, et c'est une loi constitutionnelle du notariat qu'il ne peut s'en dessaisir (4). Le testateur n'a donc aucune action sur le notaire pour l'obliger à lui remettre sa minute.

Ou oppose l'article 2 de l'édit de 1693, qui est ainsi conçu :

« Exceptions néanmoins, de la rigueur des » dits enregistrements, tous les testaments et » donations pour cause de mort qui demeurent » déposés soit entre les mains des notaires » ou celles des particuliers, qu'il sera loisible

« de retirer quand bon leur semblera, desquels » les notaires ne pourront délivrer aucune » expédition, après le décès des testateurs, qu'ils » n'aient auparavant fait contrôler les minutes » en la manière ci-dessus, etc. »

Mais cette disposition n'est plus en harmonie avec les lois modernes. Elle est en contradiction avec l'article 22 de la loi de ventôse qui porte :

« Les notaires ne pourront se dessaisir d'aucune minute, si ce n'est dans les cas exceptés » par la loi, et en vertu d'un jugement. »

Rien n'est plus formel que ce texte, et il nous paraît couper cours à toute discussion.

L'opinion contraire s'en empare cependant, pour prétendre que l'édit de 1693 nous place dans un de ces cas exceptés dont parle la loi de ventôse au xi.

Mais en supposant que l'édit de 1693 fut encore aujourd'hui susceptible d'être appliqué, cette disposition ne permettrait pas davantage au notaire de remettre la minute. La loi de ventôse, après avoir parlé des cas exceptés par la loi, a soin d'ajouter : « et en vertu d'un jugement ; » de telle sorte qu'il résulte de ce texte que, même dans les cas spécifiés par la loi, le notaire devrait encore être autorisé par un jugement.

Notez d'ailleurs que, dans le système de la loi de l'an xi, il ne s'agit que d'un dessaisissement temporaire qui devra être suivi d'une réintégration. On ne conçoit pas dès lors l'intérêt du testateur à obtenir une telle remise, puisqu'elle n'effacerait pas la trace du passé, puisqu'elle laisserait subsister le souvenir du mauvais vouloir du disposant contre ses héritiers naturels.

Voici, au surplus, le texte de l'article 22 :

« Avant de s'en dessaisir, ils (les notaires) en » dresseront et signeront une copie figurée qui, » après avoir été certifiée par le président et le » commissaire du tribunal civil de leur résidence, sera substituée à la minute dont elle » tiendra lieu jusqu'à sa réintégration. »

Il est donc certain que l'édit de 1693 se trouve implicitement abrogé par l'art. 22 de la loi de ventôse, et qu'un notaire ne saurait s'autoriser de l'article 2 de l'édit de 1693 précité, pour remettre un testament par acte public au testateur. De même un tribunal ne pourrait régulièrement condamner un notaire à remettre au

[1] Devill., 41, 2, 517.

[2] Pour l'affirmative : Merlin, *Repertoire*, v^o *Notaire*, t. XVII, § 5, n^o 6. *Quest. de droit*, v^o *Notaire*, § 14. Toullier, t. V, n^o 659. Favard de Langlade, *N. Repert.*, v^o *Acte notarié*, § 3. Massé, *Parfait notaire*, t. 1, p. 80. Pour la négative : Grenier, n^o 277. Duranton, t. IX,

n^o 61. Rolland de Villargues, *Repert. du notaire*, v^o *Minute*, n^o 99, 100. Dalloz, *Dispos. entre-vifs et testam.*, ch. 11, sect. 1, art. 2, n^o 28. Pojoul, n^o 8, sur l'art 971. Coin-Delisle, n^o 52, sur l'art. 971.

[3] *Supra*, n^o 1308, 1309.

[4] Loi du 25 ventôse an xi, art. 30.

testateur, définitivement et d'une manière absolue, la minute du testament qu'il a reçu.

C'est ce qu'a décidé un avis du conseil d'État du 7 avril 1821, dont nous avons rapporté plus haut la première partie [1]; il statue ainsi sur la question qui nous occupe :

« Considérant 2^o que d'après la loi de ventôse (art. 22), les notaires ne peuvent se dessaisir de leurs minutes, si ce n'est en vertu d'un jugement et à charge que la pièce extraite de leur étude y soit réintégrée; que cette disposition étant générale, s'applique aux minutes des testaments ou à celles des autres actes; d'où il suit que les notaires ne peuvent se dessaisir, de leur autorité privée, de l'original d'un testament qu'ils ont reçu;

« Considérant 3^o que si l'édit de 1693 permettait aux notaires de remettre, sans aucune formalité, à un testateur, la minute même de son testament, cette disposition étant inconciliable avec l'art. 22 de la loi de ventôse, est par cela même formellement abrogée, et que l'on ne peut en excepter;

« Considérant 4^o que les dispositions de la loi de ventôse ne gênent en aucune manière la liberté des testateurs, puisque, s'ils veulent révoquer en tout ou en partie leurs testaments, il n'est pas nécessaire qu'ils en suppriment la minute; l'art. 1035 du Code civil leur indique un moyen non moins facile et plus propre que tout autre à les garantir de toutes suggestions et surprises;

« Est d'avis que les notaires ne peuvent remettre au testateur l'original du testament qu'ils ont reçu; que cet acte ne peut être révoqué en tout ou en partie que suivant les formes prescrites par l'article 1035 du Code civil. »

Cette argumentation est irrésistible, et nous ne voyons pas ce qu'on peut y répondre.

Le tribunal d'Amiens a eu à se prononcer, le 29 septembre 1837 [2], sur cette question, à l'occasion d'une réclamation formée par un testateur de la remise de la minute de trois testaments reçus par actes publics et qu'il déclarait avoir révoqués depuis. Le notaire résista à la demande, et le tribunal lui donna gain de cause en condamnant le demandeur aux dépens.

Il est vrai qu'un jugement du tribunal de Clamecy [3] a décidé le contraire dans une espèce semblable. Mais le principal motif sur le-

quel ce jugement est fondé est l'édit de 1693, et il est trop clair que cet édit a cessé d'être en vigueur depuis la loi de ventôse.

2115. Celui qui a testé par acte public peut se faire remettre par le notaire une expédition de son testament, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus [4]. Une circulaire du ministre des finances, du 25 avril 1809, a autorisée cette remise. (Que devrait-on décider si le testateur, ainsi nanti de l'expédition, la biffait, raturait ou déchirait? Évidemment ces faits ne sauraient nuire à l'acte original qui est resté chez le notaire. On ne peut en conclure qu'une chose, c'est que l'expédition aura semblé au testateur un acte inutile; mais il ne s'ensuit pas que le testateur aura changé de volonté.)

2116. Voyons maintenant le cas où le testament, au lieu d'être olographe ou par acte public, est un testament mystique.

Nous avons dit ci-dessus [5] que l'acte de suscription n'est qu'un de ces actes simples qui peuvent se passer en brevet. Nous avons ajouté que la jurisprudence autorise le testateur, qui a de justes raisons de modifier un testament qu'il a fait en cette forme, à se le faire remettre par le notaire [6]. Nous n'avons pas besoin d'insister davantage à cet égard, et l'on aperçoit sur-le-champ les conséquences que l'on peut tirer de ceci pour la matière des révocations.

Si donc le testateur brise les sceaux du testament mystique remis entre ses mains par le notaire, cette rupture sera une preuve de révocation. C'est ce que décide la loi 50, au Code, de testamentis, portant : *Si quidem testator linum, vel signacula incidit vel abstulerit, utpote ejus mutata voluntate, testamentum non valet* [7].

2117. Remarquez pourtant que cette rupture des sceaux ne révoque le testament mystique qu'autant que l'écrit intérieur ne sera pas un testament olographe; car dans ce dernier cas, il resterait toujours un testament parfait et intact, et l'on devrait supposer que si le testateur a ouvert l'enveloppe, c'était pour s'assurer qu'on n'avait rien changé à ses dispositions [8].

2118. Nous avons indiqué les différentes manières dont peuvent se produire les révocations de testament. Le droit romain en reconnaissait d'autres que le Code Napoléon n'a point adoptées.

[1] *Supra*, n^o 1508.

[2] *Devill.*, 1838, 2, 105.

[3] 14 juillet 1836 (*Deville*, 1836, 2, 484).

[4] *Supra*, n^o 1510.

[5] *Supra*, n^o 1635.

[6] *Paris*, 10 juin 1848 (*Deville*, 48, 2, 356; *Journal*

du Palais, 1851, p. 168).

[7] *Voy. Merlin, Répert., v^o Révocat. de testam.*, § 4, p. 338, qui relate une opinion contraire émise par Fargueil.

[8] *Toulhier*, t. V, n^o 664.

Ainsi, comme nous l'avons dit [1], la révocation de plein droit d'un testament par un autre testament était admise par les lois romaines. On ne reconnaissait pas qu'il pût exister plus d'un testament. Aujourd'hui un testament, qui n'aurait rien d'irréconciliable avec le précédent, n'empêcherait pas l'exécution simultanée des deux testaments.

2119. La nécessité d'une institution ou d'une exhérédation nominative des enfants du testateur était prescrite à Rome pour la validité du testament [2]. C'est pourquoi la survenance d'enfants obligeait le testateur à refaire son tes-

tament. Mais cette circonstance n'est pas, sous le Code Napoléon, une cause de révocation [3].

2120. Il en est de même de la révocation pour ancienneté du testament. Loin de voir chez nous, dans le fait seul de l'ancienneté du testament, un oubli du testateur, il faut y voir une persistance dans la même volonté. Cependant, en droit romain, après dix années de date, le testament était réputé nul et non avenu [4]. Justinien modifia cette disposition, en exigeant en outre une déclaration du changement de volonté du testateur [5].

ARTICLE 1039.

Toute disposition testamentaire sera caduque, si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur.

SOMMAIRE.

- 2121.** Si le testateur survit au gratifié, la disposition devient caduque.
2122. A moins qu'il ne soit prouvé que le legs est une reconnaissance de dette.
2123. Quel est le legs rémunératoire.
2124. Les présomptions établies par l'art. 720 du Code Napoléon, en cas de mort dans un même événement, de personnes appelées à se succéder réciproquement *ab intestat*, sont-elles applicables entre le testateur et le légataire?
2125. Suite.

- 2126.** Suite.
2127. Suite.
2128. Suite.
2129. Suite.
2130. Suite.
2131. Suite.
2132. Suite.
2133. Si la volonté du testateur n'est point formelle, les héritiers du légataire ne sont point censés appelés à sa place.

COMMENTAIRE.

2121. On appelle, en droit, dispositions caduques, celles qui ne produisent pas d'effet, à cause du refus ou de l'impossibilité de les recueillir [6]. *Caducum appellatur*, dit Ulpien [7], *veluti ceciderit ab eo*. Ce sont les libéralités que les héritiers ne veulent pas ou ne peuvent pas recueillir, celles dont Constantin disait *quæ in casum cadunt* [8]. Ce mot se trouve dans la littérature latine, avant les lois caducaires d'Auguste [9], et il y a cette signification [10].

C'est un principe que nous avons en plusieurs fois occasion de rappeler, que les dispositions

testamentaires sont faites *respectu persone* [11]. Si donc le légataire vient à mourir avant que le testament ne produise son effet par le décès du testateur, la disposition devient caduque; car il n'y a personne pour la recueillir.

De là cette règle que tout legs, toute disposition à cause de mort, contient la condition tacite, si le gratifié survit au testateur: règle générale essentielle qui s'applique à toutes les libéralités testamentaires, mais qu'il ne faut pas étendre aux dispositions qui ne sont pas faites à titre gratuit [12].

2122. C'est pourquoi si la disposition con-

[1] *Supra*, n° 2067.
 [2] *Insti.*, *Quibus modis testam. infirm.*, § 1, et *De exhered. lib., princip.*, et § 2.
 [3] *Mertin, Répert.*, v° *Révoc. de codicille, in fine*.
 [4] *C. Theod.*, l. 6, *De testam.*
 [5] *L. 27, C., De testam.* *Junge Mertin, Répert.*, v° *Révoc. de testam.*, § 5, p. 164 et suiv.
 [6] *Pothier, Pand.*, l. II, p. 348 et 349, n° 377.
 [7] *Infra*, n° 2474.
 [8] *Ulpian, Fragm.*, l. XVII, § 1.
 [9] *L. penult., C., De defensor.*

[9] *Caducum hereditatis* (Cicér., *Philippiq.*, 10, c. 5).
 [10] *Heineccius, ad leg. Juliam et Papianam, Poppoan.*, lib. 3, c. 5, ad cap. 2, p. 381.
 [11] « *Mertin, dignitas, reverentia ei debita aut similia personæ coherentium ratio habetur.* » (*Donat.*, *Comm.*, lib. 8, cap. 4.) *Supra*, n° 285, art. 900.
 [12] Avant la loi du 31 mai 1854, la mort civile du testateur ouvrait la succession, et le légataire vivant à ce moment recueillait la disposition; de sorte que si sa mort naturelle arrivait ensuite, même avant celle du testateur, il transmettait à ses héritiers le droit qu'il

tendue dans le testament n'est pas une libéralité et qu'il fût prouvé, au contraire, que c'est une véritable reconnaissance de dette, il importerait peu que la personne qui est l'objet de la disposition n'eût pas survécu au testateur. On ne pourrait pas dire, en pareil cas, que cette reconnaissance de dette est faite *respectu personæ*; c'est un acte de conscience et de devoir dont les héritiers de la personne honorée sont appelés à profiter (1).

2123. Mais comme un legs rémunératoire est une libéralité véritable, faite *nullo jure cogente*, la disposition de notre article devra être appliquée à l'héritier du légataire prédécédé. C'est ce qu'a décidé un arrêt du parlement de Paris, du 5 juin 1631 (2). En repoussant la demande de la veuve d'un domestique auquel avait été fait un legs rémunératoire.

2124. Quand le testateur et le légataire viennent à périr dans le même événement, sans qu'on puisse connaître celui des deux qui a survécu, la question de savoir si le prédécédé doit être décidé par la présomption de l'art. 720 du Code Napoléon n'est pas sans difficulté. *Etsi quidem possit apparere quis ante spiritum posuerit, expedita est questio : si vero non appareret, difficultas est questio.* C'est ainsi que s'exprimait Ulpien (3). Depuis longtemps cette question est dans les écoles l'objet de beaucoup de controverses, et les opinions qui ont été émises sont si diverses et si nombreuses, qu'il serait aussi fastidieux qu'inutile de les analyser. Fusarius (4) compte jusqu'à huit manières d'entendre une seule des lois du Digeste qui parlent des présomptions de survie. C'est la loi 9, § 1, D., *De rebus dubiis*. On peut juger par là combien la matière a dû être embrouillée par les subtilités capricieuses des docteurs qui ont voulu être ingénieux et nouveaux. Celui qui chercherait à les concilier s'exposerait aux plaisanteries encoeurées par le proconsul Gellius, dont Cicéron se moque avec beaucoup de sel, et qui s'était mis dans la tête d'accorder tous les philosophes grecs qui se trouvaient de son temps à Athènes (5).

Cependant, au milieu de ce chaos, il se rencontre des éléments lumineux. Il faut les dégager.

Bartole, en commentant la loi 16, D., *De rebus dubiis* (6), pense que les présomptions tirées de l'âge et du sexe ne s'appliquent pas aux dispositions de l'homme, mais qu'elles n'ont lieu que lorsqu'il s'agit d'une disposition de la loi. Arrêtons-nous à l'opinion de ce docteur, l'un des flambeaux de la jurisprudence en Italie : « *Istud « dubium de pluribus morientibus, quandoque « emanat aliquo agente ex dispositione hominis « inter viros vel ultimâ voluntate, et tunc « nunquam attet alteri super-vixisse præsumi- « tur, nec adhibetur illa distinctio, decesserit « impubes cum pubere, nec ne... Si verò ali- « quo agente ex dispositione legis, occurrit du- « bietas de pariter morientibus, et tunc lex præ- « sumit aliquem supervivere cum distinctione ; « aut decessit pubes cum impubere, et præsu- « mitur impubes prius decessisse. Aut pubes « cum pubere, et tunc aut persona patroni « est in medio, et ille præsumitur decessisse, « qui magis spectat ad favorem patroni. Aut « persona patroni non est in medio, et tunc « aut inter simul decedentes est votum trans- « mittendæ hereditatis, ut quia ascendens si- « mul cum descendente decessit, et præsumi- « tur ascendens prius mortuus; aut tale vo- « tum non est, et tunc ille succumbit, cui « incumbit onus probandi aliquem super- « vixisse. »*

Bartole donne ensuite cette raison frappante de la distinction qu'il fait entre les successions testamentaires et les successions *ab intestat* : « *Ratio est, quia, quum quis agit ex disposi- « tione hominis, si non habet effectum, rema- « net dispositio juris secundum quam res habet « exitum suum : func lex non curat aliquid « præsumere; sed quum agitur ex dispositione « legis, si lex in isto dubio nihil præsumeret, « casus remaneret indecens; quod non esse « debet. »* Voilà une opinion simple, sensée et appuyée sur des raisons décisives. Fergole l'a

avait déjà recueilli. Aujourd'hui, la mort civile n'existe plus; la peine n'ouvre plus la succession (infra, n° 2482). Quoi en cas d'absence du donateur avant le décès du donataire (infra, n° 2483).

(1) Arrêt de la cour de Nîmes, 9 décembre 1822 (Dalloz, 1825, 2, 29). Supra, n° 728, 729, 2056 et suiv.

(2) Recueil d'arrêts et règlements du parlement de Paris, tirés des mémoires de Burdet, t. 1, l. 4, ch. 32.

(3) L. 32, § 14, D., *De donat. inter. vir. et uxor.*

(4) *De subst., quest.* 416, p. 497.

(5) Cicéron, *De legibus*, l. 1, § 20, l. XXXV, p. 37 (édit. Panckoucke). Voy., au reste, Nauseardus, *De probat. eorci*, 1344. Menochius, *præsumpt.* 50, lib. 6. Peregrinus, *De fideicom.*, art. 43, etc. Covarruvias,

Varior. resol., l. 44, c. 7. Doneau sur la loi 9, § 1, D., *De reb. dub.*

Menochius prétend que ce qui a été écrit de mieux sur cette question, c'est la dissertation de Didacus Covarruvias qui vient d'être citée. Il y a cependant bien des subtilités dans les interprétations de ce jurisconsulte. Il nous semble qu'un principe fécond en conséquences, comme celui qui sert de guide à Bartole, vaut mieux que tous les efforts d'esprit des autres docteurs, pour distinguer les divers cas et se préserver des conjectures capricieuses.

(6) C'est la loi *Quod de pariter*. Cette loi est indiquée dans Bartole (édit. de 1615) la 17^e, parce que Bartole a fait deux lois de la loi 3.

embrassée [1]; il déclare qu'elle lui paraît plus conforme au véritable esprit des lois. C'est aussi le sentiment de Lebrun [2].

On ne peut disconvenir, néanmoins, que la loi 26, D., *De pactis dotalibus*, ne paraisse former, au premier coup d'œil, une forte objection contre ce système.

« Un beau-père et un gendre conviennent que si leur fille et épouse laisse, en décédant, un fils âgé d'un an qui lui survive, la dot appartiendra au mari; que si, au contraire, le fils meurt avant sa mère, et que celle-ci meure à son tour avant son mari, ce dernier n'aura qu'une portion de la dot. La femme périt avec son fils, âgé d'un an, dans un naufrage. Papinien, consulté sur la question de savoir lequel de la mère ou de l'enfant avait prédécédé, répondit qu'il était vraisemblable que l'enfant était mort avant sa mère [3]. »

Voilà bien la présomption de survie résultant de la force de l'âge, appliquée par le plus grand des jurisconsultes romains à une stipulation, à une convention entre-vifs. Il suffit de lire Cujas sur cette loi du Digeste [4], pour se convaincre que Papinien s'est décidé par la raison que l'enfant étant moins capable que sa mère de lutter avec la mort, est présumé avoir succombé plus tôt. « *Papinianus respondit verisimile esse te-
« nullum infantem spiritum posuisse confes-
« sim, matrem diutius pertulisse casum nau-
« fragii et filio supervivisse.* »

Bartole a prévu l'objection qu'on pourrait tirer de cette loi; il ne dissimule pas qu'elle ne soit puissante : *tamen contra hanc distinctionem facit multum hæc lex* [5]; mais il la réfute de manière à ce qu'on ne puisse s'en prévaloir :

« *Sed respondeo : ibi natura prolatorum ver-
« borum requirebat filios supervivere... unde
« illud quod ibi dicitur, quasi priore impubere
« mortuo, debet intelligi sic, ut dicamus quod
« secundum propriam significationem stipula-
« tio non committitur; sed si ad interpretatio-
« nem veniamus, debemus dicere impuberem
« prius defunctum, et sic interpretatio legis
« congruit cum propria significatione voca-
« buli. Vel die quod ibi stipulatio continebat
« idem quod jus commune.* »

Arrêtons-nous à cette dernière raison.

La succession de la mère et du fils morts dans le même naufrage s'est en effet ouverte *ab intestat*; or, d'après les règles des successions légitimes, la présomption est que le fils impu-

bière est décédé avant sa mère, à cause de la faiblesse de l'âge. Cette présomption étant une fois admise, on ne peut s'en écarter pour ce qui concerne l'examen de la stipulation et l'échéance de la condition dont elle dépend; car il serait ridicule de dire que cet enfant doit être considéré dans un cas comme prédécédé, et non dans l'autre. C'est donc avec raison que Papinien a dit qu'il était vraisemblable que l'enfant était mort avant la mère. Les règles relatives à l'ouverture des successions *ab intestat* l'obligeaient à prononcer ainsi, et ces règles devenaient par contre-coup celles de la stipulation : « *Vel die
« quod ibi stipulatio continebat idem quod jus
« commune.* »

On oppose encore dans le système contraire à celui de ce jurisconsulte, la loi 9, § fin. si *Lucius Titius*, D., *De rebus dubiis*, dont voici l'espèce :

Lucius Titius institue par testament son fils pubère seul héritier : le père et le fils meurent ensuite dans un même désastre. Tryphonien décide que le fils a survécu au père, qu'il est censé avoir recueilli l'hérédité *ex testamento*, et qu'il la transmet à ses propres successeurs. Il en serait autrement si le fils était impubère, ajoute le jurisconsulte; car alors on devrait supposer que le père a survécu au fils [6].

En considérant cette loi d'un œil inattentif, on pourra dire qu'elle établit que les présomptions résultant de la faiblesse de l'âge doivent servir de guide, même dans la délation testamentaire de l'hérédité; car dans l'espèce posée, le fils était héritier institué, et Tryphonien dit qu'il doit recueillir l'hérédité *ex testamento*.

Mais il est facile de répondre avec Bartole [7], que c'est par le secours de la disposition de la loi que la disposition testamentaire conserve sa force : *quia ibi dispositio testamenti continebat idem quod dispositio legis*. Le fils, en effet, n'était-il pas successeur *ab intestat* de tous les biens de son père Lucius Titius? Et si Lucius Titius était mort sans testament avec son fils, n'aurait-il pas fallu décider que le fils avait survécu s'il était pubère, et qu'il était prédécédé s'il était impubère? Or, le testament de Lucius Titius n'a eu pour but que de confirmer le titre *ab intestat* au lieu de le détruire. Donc, le fils se trouvant tout à la fois héritier testamentaire et successeur *ab intestat*, on doit juger de la survie par les règles établies par la loi sur les successions légitimes; car les deux titres sont con-

[1] Ch. 7, sect. 6, n° 92.

[2] Successiones, p. 15.

[3] Respons., lib. 4.

[4] Voy. son comm. sur le liv. 4 des *Réponses de Papinien*.

[5] *Loc. cit.*

[6] Tryphonien, l. 9, D., *De rebus dubiis*. Pothier, *Pend.*, l. II, p. 437, n° 1 et 2.

[7] *Loc. cit.*

fondus, et ce que la loi décide pour le successeur *ab intestat* ne saurait être effacé par la disposition de l'homme, en tant qu'il est héritier testamentaire. Y a-t-il quelque chose qui puisse empêcher ce fils d'être le légitime héritier de son père ? Non, sans doute; et certes le testament qui le gratifiait n'a pu changer cette qualité impérissable ! Il est donc vrai de dire qu'il gardera toujours le bénéfice des présomptions que la loi a voulu y attacher, et qu'il les gardera même s'il réunit, au titre de successeur *ab intestat*, le titre d'héritier testamentaire qui le fortifie.

Telle est l'explication naturelle, irrésistible que Bartole donne de la loi 9, § 4. Chabot n'a pas compris cette loi, qu'il interprète fort mal (1), et l'on voit que, quoiqu'il cite Bartole, il ne s'est pas donné la peine de le lire.

Les deux lois que nous venons d'analyser sont les seules qui soient susceptibles de quelque embarras. Toutes les autres prouvent que celui qui agit en vertu d'une disposition entre-vifs ou testamentaire ne peut jamais exéper des présomptions de survie établies en matière de succession légitime. C'est ce que nous montrerons bientôt.

Cujas, que nous citons tout à l'heure et dont on ne saurait se passer sur un point de jurisprudence romaine, ne nous paraît pas d'un avis opposé à Bartole. Dans ses récitation solennelles sur le Digeste (2), il est un passage où il parle des présomptions de survie, et il veut que le fils impubère soit censé être décédé avant son père ou sa mère, et que le fils pubère soit censé leur avoir survécu. Mais il est évident qu'il ne parle, en cet endroit, que des successions *ab intestat*; c'est ce qui résulte de ces mots : « *filius videtur heres extitisse matri ex Orphitiano...* » et plus bas, vers la fin : « *licet cum de successione quaritur in patrem et filium, aliter presumatur ex ordine naturæ* » (3).

Mais dans son commentaire sur la loi 26, D., *De pact. dotalibus* (4) où il s'occupe des stipulations entre-vifs et des testaments, il veut que l'on s'attache à la faveur de la cause pour décider la question de survie. C'est dire suffisamment qu'il rejette les présomptions admises et enseignées par lui pour les successions *ab intestat*.

Et c'est en ce sens que nous disons que Bartole et Cujas sont unanimes. Car on ne peut se dissimuler que sur l'intelligence de certains aperçus, ils ne professent des avis différents. Mais ces divergences sont de peu d'importance, et nous ne nous arrêterons pas à les signaler.

Nous disons donc, d'après Bartole, avec Cujas et avec Pothier, qui a suivi ce dernier dans ses *Pandectes* (5), qu'il est dans l'esprit des lois romaines de se décider par la faveur de la cause, plutôt que par l'ordre de la nature. Beaucoup de lois en offrent la preuve.

Caius institue Sempronius et lui substitue Titius au cas qu'il meure sans enfants, *si sine liberis decesserit*.

Sempronius a un fils; mais ils meurent l'un et l'autre dans un même naufrage ou accident. On devrait décider, d'après les présomptions sur les successions *ab intestat*, que le fils pubère a survécu à son père; mais la faveur des fidéicommiss porta Ulpien à décider que le père avait survécu au fils et qu'il était décédé sans enfants (6); de cette manière le fidéicommiss produisit son effet. Tous les auteurs s'accordent à dire que cette réponse du jurisconsulte est fondée sur la faveur des fidéicommiss (7). Voilà donc la faveur de la cause qui donne lieu à une décision contraire aux présomptions résultant de l'ordre de la nature (8).

Un mari et une femme se font une donation pendant le mariage. Si le donataire décède avant le donateur, on sait que la possession retourne à ce dernier; car les donations entre mari et femme ne peuvent être confirmées que par le prédécès du donateur. Mais il arrive que les deux époux décèdent dans le même accident : que faudra-t-il décider ? Paul n'hésite pas à dire qu'il conviendra de supposer que le donateur est mort avant le donataire, afin que la donation produise son effet (9).

Par le contrat de mariage de Caius et Sempronius, il a été stipulé que si Sempronius mourait pendant le mariage, le mari gagnerait la dot. Caius et Sempronius meurent dans le même événement. Tryphoninus veut qu'on suppose que la femme est morte avant le mari, et cette décision est encore fondée sur la faveur de la cause; car, dit Pothier, il faut répondre *pro possessore*,

(1) Successions, sur l'art. 720.

(2) L. 17, D., *De rebus dubiis*.

(3) « Si pater et filius simul moriantur, videtur filius impervivisse. Hoc suggerit ordo naturæ. Ita fuit scriptum in monumento Popiniani : Popiniano, turbato ordine naturæ, filio mortuo in senio parentes fuerunt... Similiter si mater et filius moriantur, filius videtur heres extitisse matri ex Orphitiano. Et hoc si fuerit filius pubes. »

(4) Liv. 4 des Réponses de Papinien.

(5) Au tit. *De rebus dubiis*.

(6) Ulpien, l. 10, § 1, D., *De rebus dubiis*.

(7) Cujas, loc. cit. Voet, *De rebus dubiis*, n° 3. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 348, n° 5.

(8) Ulpien, l. 17, § 7, D., *ad S. C. Trebellianum*. Jange Pothier, *De don. univ.*, part. 2, ch. 4, § 2, n° 186, l. IV, p. 281 (2^e édit. revue, de 1781).

(9) L. 8, D., *De rebus dubiis*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 437, n° 4. Ulpien, l. 32, § 14, *De donat. inter vir. et uxor*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 35, n° 95.

attendu que *melior est causa possidentis* [1].

Un mari lègue à sa femme la dot qu'elle a apportée en mariage; l'un et l'autre périssent dans le même accident. Les héritiers du mari ne seront pas tenus de la prestation du prélegs. Il faudra supposer que la femme est morte avant le mari et que, par conséquent, le legs est caduc; car dans le doute *melior est causa possidentis*, et l'on devra donner gain de cause aux héritiers du mari qui sont possesseurs de la dot [2].

Cujas, qui commente cette loi, est bien loin de croire que le jurisconsulte se soit décidé par des présomptions tirées de l'ordre de la nature. Il dit formellement au contraire : *Dubius pariter mortuus, non videtur alter alteri supervivisse; excipiuntur parentes et liberi* [3]. C'est aussi la règle que donne Bartole : « *Ut possit agi ex dispositione inter vivos vel ex ultimâ voluntate, unus de pariter morientibus non quàm supervivisse presumitur* [4]. »

Concluons donc que les présomptions de survie tirées de l'ordre de la nature ne sont pas applicables aux successions testamentaires et aux actes entre-vifs.

Ricard a enseigné, à la vérité, une opinion contraire [5]; il soutient que, soit qu'il s'agisse de la volonté de la loi, soit qu'il s'agisse de la disposition de l'homme, on doit décider les présomptions de survie par la différence des âges et des sexes.

Mais il faut avouer qu'il entend les lois du Digeste dont nous venons de parler, et notamment la loi 9, §§ 3 et 4, D., *De rebus dubiis*, d'une manière absolument contraire aux autorités admises, et que, s'il a connu les interprétations que Bartole et Cujas en ont données, il ne s'occupe en aucune manière de les réfuter. Or, tous les hommes versés dans la connaissance du droit savent que si Ricard est un guide assez bon à consulter dans les questions du droit français, il est très-sujet à errer lorsqu'il se jette dans l'explication des difficultés du droit romain. « Ricard, dit Bretonnier [6], excelle dans les questions qui sont proprement du droit français; mais dans celles qui sont du droit romain, il ne fait que bégayer. Cependant il a souvent la témérité de vouloir disputer con-

tre Cujas. Il me semble voir le roitelet s'élever au-dessus de l'aigle. »

Quant à la jurisprudence des arrêts, on trouve un arrêt du parlement de Bordeaux, rapporté par Automne [7], qui a jugé que la faiblesse du sexe ne pouvait pas faire présumer que la femme qui a fait naufrage avec son mari fût morte la première. En conséquence, la donation que son mari lui avait faite fut adjugée à ses héritiers, et l'on décida que c'était aux héritiers du mari à prouver que la femme était décédée la première.

La jurisprudence se trouve donc venir à l'appui de l'opinion des principaux jurisconsultes, pour établir que ce que la nécessité a fait adopter pour les successions *ab intestat*, en matière de présomptions de survie, ne doit pas être étendu aux successions testamentaires.

2125. Mais cette doctrine doit-elle être suivie sous le Code Napoléon?

Les auteurs sont à ce sujet divisés en deux camps. Chabot est à la tête de ceux qui ont adopté l'opinion de Bartole [8]. D'autres, au contraire, et notamment Toullier [9], ont suivi la doctrine de Ricard.

Les raisons de décider étant les mêmes sous le Code Napoléon que dans l'ancienne jurisprudence, on ne doit pas s'écarter de l'autorité presque universelle dont l'opinion de Bartole jouissait avant sa promulgation.

Le Code a complété, à la vérité, le système des présomptions de survie ébauché par les lois romaines sur les comourants *ab intestat*. Ce que le Digeste avait établi seulement dans le cas de mort simultanée du père et du fils, le Code l'a étendu à tous individus appelés à la succession l'un de l'autre qui meurent dans les mêmes accidents. Il prévoit un plus grand nombre de cas, et établit des règles plus générales. Mais il ne s'occupe dans tout cela que des successions *ab intestat*, comme le prouve la rubrique sous laquelle sont placés les articles 720, 721, etc. En vain Toullier et les auteurs que nous avons cités, combattant sur les mots, cherchent-ils à persuader que le mot « successions » s'applique aux successions testamentaires; nous répondrons que si cette signification du mot « successions » est exacte dans certains cas, elle ne l'est pas

[1] Pothier, *Pand.*, loc. cit.

[2] Paul, l. 17, D., *De rebus dubiis*. Pothier, *Pand.*, l. II, p. 438, n° 4.

[3] Ricard, *notem.*, sur la loi 16, D., *De rebus dubiis*.

[4] Sur la loi 17, D., *De rebus dubiis*.

[5] *Traité des disposit. condit.*, n° 572 et suiv.

[6] *Sur Henrya*, t. I, p. 679.

[7] Sur la loi 8, D., *De rebus dubiis*.

[8] Chabot, *Successions*, art. 720, n° 7. Delvincourt, l. II, p. 225. Merlin, *Répert.*, v° *Mort*, § 3, art. 2.

Delaporte, *Pand. françaises*, art. 722. Duranton, t. VI, n° 42. Zachariae, t. I, p. 180, § 85. Dalloz, *Répert. méth.*, v° *Success.*, él. I, sect. I, n° 12. Mareadé, article 722, n° 8. Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° *Successions*, n° 27.

[9] Toullier, t. IV, n° 78 et suiv. Nallville sur l'art. 722. Malpel, *Success.*, n° 14 et 15. Vazeille, art. 722, n° 3. Belost-Jolimont sur Chabot, art. 720, *observ.* 1. Poujol, n° 11, sur l'article 720. Toullier, *Théorie du Code*, t. III, p. 119.

dans celui qui nous occupe en ce moment. En effet, dans l'article 711, le législateur dit : « La propriété des biens s'acquiert et se transmet » par succession, par donation entre-vifs ou » testamentaire, et par l'effet des obligations. » Voilà les trois grandes divisions tracées par le Code. On voit que le mot succession n'y sert qu'à désigner les successions *ab intestat*, que la succession testamentaire y est appelée donation testamentaire. Donc, lorsque à partir de l'article 718 le Code Napoléon commence à traiter des successions, c'est, suivant la division de l'article 711, des successions *ab intestat* qu'il entend parler, et non des successions testamentaires.

Sans doute il y a des règles qui, propres aux successions légitimes, s'appliquent aux donations testamentaires. On peut citer les règles relatives au partage et au paiement des dettes [1]. Mais cette extension n'a lieu que lorsqu'il y a analogie parfaite dans les raisons de décider, dans les causes et dans les effets.

Voyons si, ici, l'analogie existe.

§ 126. Or, Bartole nous a dit ci-dessus [2] qu'on ne saurait la trouver. Dans la succession légitime, il y a nécessité absolue d'établir des présomptions capables de trancher les difficultés de certains cas ambigus. Dans les donations testamentaires, cette nécessité n'a pas lieu. Dans les successions légitimes, lorsque deux individus, appelés à la succession l'un de l'autre, viennent à mourir ensemble, et qu'on ignore quel est celui qui a précédé, au descendant duquel aurait-on adjugé la succession, si la loi n'était venue au secours de l'ignorance humaine ? Devait-on laisser indécise et en suspens la transmission des biens ? Mais lorsqu'on réclame l'exécution d'une donation testamentaire ou entre-vifs, on n'a pas à craindre cet inconvénient ; car si la disposition de l'homme tombe, il reste toujours la disposition de la loi, et la transmission des biens ne se trouve pas entravée.

Toullier cherche à réfuter cette distinction fondée sur la nécessité des choses, et il la combat par les raisons suivantes qu'il prétend être sans réplique [3] :

« Ni cette nécessité prétendue, ni la crainte » de voir les biens rester vacants n'existent. en » aucun cas, en écartant les présomptions de » survie. On n'en connaît pas moins avec certitude à quels héritiers doivent être déferées » les successions des personnes qui ont péri » dans le même événement ; elles seront alors » déferées comme si l'autre personne était ab-

« sente, sans que son existence fût reconnue » (art. 133).

« Posons l'exemple donné par le tribun Si- » méon, d'un père et d'un fils qui ont péri dans » le même événement ; nul besoin de présomp- » tion légale de survie pour connaître à qui la » succession de l'un et de l'autre doit être dé- » férée.

« Celle du fils sera déferée à ses héritiers lé- » gitimes de la même manière que si le père » était absent, sans que son existence fût re- » connue. Pourquoi cela ? Parce qu'on ignore » si le fils a survécu.

« Et de même celle du père sera déferée à » ses héritiers légitimes, comme si le fils était » absent, etc.

Mais ce n'est pas avec de si fragiles arguments que Toullier peut ébranler les profonds et lumineux motifs par lesquels Bartole justifie sa distinction. Car, enfin, qu'est-ce qu'un absent ? C'est celui dont on ignore s'il est mort ou vivant ; c'est celui dont l'existence se trouve enveloppée d'un nuage impossible à dissiper. Or, est-ce bien sérieusement que Toullier veut que nous considérions comme absent celui dont la mort est attestée pour le fatal événement lui-même qui a fait naître la contestation ? N'est-ce pas abuser du droit de raisonner que d'assimiler à un absent celui dont le trépas est reconnu et avéré ? Et pourquoi ? Parce qu'on n'a pas entendu sonner l'heure précise de sa mort !

La nécessité de s'arrêter à des présomptions légales pour déterminer la marche des successions de deux individus comourants *ab intestat*, ressort donc de l'inutilité même des efforts que fait Toullier pour établir que cette nécessité est imaginaire. Si la loi n'eût pas été assez prévoyante pour suppléer à l'impossibilité de fixer l'heure de la mort des deux victimes, leurs biens seraient devenus vacants. Ils n'auraient pas même pu suivre la succession des biens des absents ; car la loi se garde bien de confondre un homme mort avec un homme absent.

§ 127. En second lieu, remarquons que lorsque les successions de deux individus qui périssent dans un même événement viennent à s'ouvrir *ab intestat*, le législateur n'a aucune préférence à faire entre ceux qui se les disputent ; ils viennent tous avec des droits réglés par la loi elle-même. Que devait donc faire le législateur au milieu de ce conflit de personnes également favorables ? Il devait se déterminer par les présomptions de survie tirées *ex ordine*

[1] *Suprà*, n° 1839.

[2] N° 2124.

[3] T. IV, n° 78.

nature; c'est ce qu'il a fait dans le droit romain et dans le droit français, parce que c'était le seul moyen de sortir de la difficulté.

Mais s'il s'agit de donations testamentaires ou entre-vifs, il n'en est pas de même.

Le successeur *ab intestat* est préférable à celui qui n'a pour lui que la volonté de l'homme; c'est le successeur *ab intestat* que la loi saisit. Le légataire ou celui qui le représente doit donc prouver son droit afin d'obtenir la délivrance. Or, si le testateur et le légataire sont enveloppés dans la même catastrophe, les héritiers du légataire qui se présenteront pour obtenir le legs fait à leur auteur, et qui ne s'appuieront que sur un titre obscur et discutable, seront considérés d'un œil bien moins favorable que l'héritier *ab intestat*, qui a pour lui le vœu de la loi. Cette faveur suffira donc pour faire décider que le legs n'est pas dû, jusqu'à ce qu'il soit prouvé que le légataire est mort après le testateur. Rien n'oblige le législateur à trancher le nœud gordien par des présomptions de survie souvent incertaines et contraires à la vérité.

S'agit-il d'une donation entre-vifs faite avec pacte de retour? Le donataire et le donateur périssent ensemble sans qu'on puisse connaître lequel a précédé. Qu'avons-nous besoin de recourir à des présomptions équivoques de survie, pour savoir à qui doivent rester les biens? Les héritiers du donataire sont en possession. Or, *melior est causa possidentis*. C'est donc à celui qui veut faire cesser cette possession à prouver que le donateur a survécu. La faveur de la cause lève toutes les difficultés. Aucune nécessité ne force à présumer ce qui dans le fait peut très-facilement ne pas exister.

2128. En troisième lieu, lorsque la loi a recouru à des présomptions dans le cas prévu par les art. 720 et suivants du Code Napoléon, elle a cherché à se rapprocher de la vérité et de la justice. Elle s'est fondée sur l'ordre suivi par la nature dans la destruction successive des individus, afin de donner aux biens laissés *ab intestat* la destination la plus conforme aux affections du sang et aux liens de la parenté, en un mot, aux droits de la nature elle-même. Mais qui ne voit que son dessein serait étrangement méconnu, si l'on appliquait aux donations entre-vifs ou testamentaires les présomptions qui ont frappé le législateur dans les successions *ab intestat*? Les donations ne sont, en effet, le plus souvent qu'un moyen de renverser l'ordre naturel de la succession des biens, de dépouiller

celui que la nature préférerait, pour avantager un homme tout à fait indifférent. Or, pourrait-on recourir, dans un cas semblable, aux présomptions tirées *ex ordine nature* pour le cas où c'est la loi seule qui veille à la transmission des biens? C'est invoquer les lois de la nature au moment où elles sont dérangées par la volonté de l'homme; c'est attribuer à la disposition de l'homme un privilège que la loi n'a introduit que pour le cas où elle dispose elle-même. Ainsi, sous ce nouveau point de vue, il n'y a pas d'analogie réelle entre les deux cas si heureusement distingués par Bartole.

2129. Nous pouvons donc conclure que la doctrine de ce jurisconsulte doit être suivie dans toute sa pureté, et c'est ce qu'a très-bien compris la jurisprudence des arrêts qui, ayant eu dans ces derniers temps à se prononcer sur la difficulté, a fait prévaloir les véritables principes [1].

2130. Pourtant, en faisant l'application au droit français de la doctrine de Bartole, il faut user de précaution et avoir égard aux modifications que ce droit a faites à quelques principes du droit romain. On se tromperait, par exemple, si on suivait la décision de la loi 17, § 7, D., *ad S. C. Trebellianum*, dont nous avons parlé [2]. Il est évident que cette décision est due à la faveur des fidéicommissaires et des dernières volontés. Nous, qui environnons les successeurs *ab intestat* de plus de faveur que les donataires par testament, nous devons rejeter l'application de cette loi. En thèse générale nous disons que c'est pour celui qui possède qu'il faut se décider, et que c'est à celui qui réclame les biens à prouver le fondement de son droit.

2131. Remarquons, en outre, que lorsqu'un titre testamentaire concourt avec le titre d'héritier légitime, la présomption de survie établie pour les successions *ab intestat* doit être appliquée; car le titre testamentaire qui a pour but d'agrandir le titre de successeur légitime, ne peut en détruire ni en empêcher les effets. C'est la doctrine que nous avons vu professer par Bartole, sur la loi 9, § final, D., *De rebus dubiis* [3].

2132. Il en est de même lorsque le jugement à porter sur la stipulation ou sur la disposition testamentaire dépend de la question de survie entre deux personnes appelées à la succession *ab intestat* l'une de l'autre et mortes dans le même événement. Nous avons examiné avec Bartole [4] un cas de cette espèce dans la

[1] Bordeaux, 29 janvier 1819 (Devill., 49, 2, 625). Paris, 30 novembre 1850 (Devill., 51, 2, 404).

[2] *Supra*, n° 2104.

[3] *Supra*, n° 2124.

[4] *Supra*, n° 2124.

loi 26 au Digeste, *De pactis dotatibus*. Il faut alors s'attacher aux présomptions de survie déterminées pour les successions *ab intestat*; car on ne peut pas faire que la même personne soit prédécédée s'il s'agit de succession légitime, et qu'elle soit décédée à une époque inconnue, s'il s'agit de savoir quel a été l'instant de la mort pour déterminer l'effet d'une donation entre-vifs ou testamentaire. Cette absurdité serait choquante, et elle n'est entrée dans l'esprit d'aucun de ceux qui ont interprété les lois romaines.

2133. Nous avons dit tout à l'heure [1] que notre article, en voulant que le légataire survive au testateur pour que la disposition ne soit pas caduque, s'est décidé par le principe que les dispositions testamentaires sont faites en vue de la personne gratifiée et nullement en vue de la personne de ses héritiers. Pour que les héritiers

soient censés appelés à la place du légataire, il faut que le testateur ait manifesté à cet égard une volonté explicite et précise.

Que si cette volonté n'est pas formelle, ou ne l'admet pas aisément : c'est pourquoi Voet décide que lorsque le testateur s'est borné à dire : « Je lègue ma maison à Titius pour lui et ses héritiers, » les héritiers de Titius décédé avant le disposant ne pourront prétendre au legs. Car cette adjonction « pour lui et ses héritiers » ne peut, suivant Voet [2], avoir la vertu de disposer : il faut la considérer comme une énonciation inutile, puisque ce qui est acquis à quelqu'un est aussi acquis à ses héritiers.

Quant à nous, tout en ne niant pas ce qu'il peut y avoir de vrai dans ces observations de Voet, nous voulons qu'on ne se prononce pas dans un sens trop absolu et qu'on consulte les circonstances [3].

ARTICLE 1040.

Toute disposition testamentaire faite sous une condition dépendante d'un événement incertain, et telle que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition.

SOMMAIRE.

2134. Renvoi.

COMMENTAIRE.

2134. Dans notre commentaire de l'article 900, nous avons exposé, avec des détails à ce que nous avons dit, en cet endroit, du sujet qui fait la matière de notre article [4].

ARTICLE 1041.

La condition qui, dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre l'exécution de la disposition, n'empêchera pas l'héritier institué, ou le légataire, d'avoir un droit acquis et transmissible à ses héritiers.

SOMMAIRE.

2135. Explication.

COMMENTAIRE.

2135. Cet article n'est que l'application de ce principe que lorsque la condition ne fait que suspendre l'exécution, et non la disposi-

tion, cette disposition est pure et simple. *Purum est legatum quia non conditione, sed morâ suspenditur* [5].

[1] *Suprà*, n° 2121 : « ... Sic ut adjectio illa pro se et hæredibus nihil disponat, sed superflua planè sit. »

[2] *Ad Pand., Quamdiu legat. ced.*, n° 1 *in fine*.

[3] Arrêt du parlement de Paris, du 25 juin 1671,

de Lamoignon premier président, Fourcroy et Biffre plaidants (*Journal du Palais*, t. 1, p. 124).

[4] *Suprà*, n° 187 à 332.

[5] *Popinien*, l. 17, D., *De condit. et demonst.*

Or, la disposition étant pure et simple, il suit qu'elle a été transmise au légataire dès l'instant de la mort du testateur. Donc, si le légataire en

a été saisi, il a pu évidemment la transmettre à ses héritiers, quoique l'exécution en ait été suspendue par quelque délai ou autre modalité.

ARTICLE 1042.

Le legs sera caduc, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur.

Il en sera de même, si elle a péri depuis sa mort, sans le fait et la faute de l'héritier, quoique celui-ci ait été mis en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût également dû périr entre les mains du légataire.

SOMMAIRE.

2136. De la caducité par la perte de la chose léguée.
 2137. De la perte arrivée pendant la vie du testateur.
 2138. Quand une chose est-elle censée avoir péri?
 2139. Principes à l'effet d'apprécier ce que l'on doit entendre par la perte de la chose. — Du changement de la chose d'une espèce en une autre.
 2140. Changement de la chose léguée par accession.

2141. Quid du changement des parties diverses dont se compose la chose léguée?
 2142. Il ne faut pas oublier qu'en cette matière la volonté du testateur doit prévaloir avant tout.
 2143. L'insuffisance des biens de la succession peut rendre le legs caduc en tout ou en partie.
 2144. De la perte arrivée après la mort du testateur.

COMMENTAIRE.

2136. L'article précédent s'est occupé de la caducité du legs provenant du prédécès de la personne gratifiée. Notre article traite d'une autre cause de caducité, à savoir de celle qui a lieu par la perte de la chose léguée.

La perte de la chose léguée peut se produire dans des circonstances diverses. Elle peut avoir lieu après la mort du testateur, ou avant la mort du testateur. Depuis la mort du testateur la perte peut être imputée tantôt à la force majeure, tantôt à la faute de l'héritier, et il résulte de ces deux hypothèses des conséquences diverses sur le droit du légataire.

Nous avons parlé, dans notre commentaire de l'art. 1018 (1), du cas où, depuis la mort du testateur, la chose léguée a péri par la faute de l'héritier, et du cas où elle a péri après la mise en demeure.

Il nous reste à nous occuper du cas où le legs devient caduc par la perte de la chose léguée durant la vie du testateur, ou après la mort, mais sans le fait de l'héritier.

2137. Et d'abord, parlons de la perte arrivée pendant la vie du testateur.

Il n'y a pas de difficulté pour décider que la perte totale de la chose léguée opère l'extinction du legs (2). Ainsi Primus lègue à Titius sa maison; avant la mort du testateur, cette maison est entraînée, sol et bâtisse, par une inondation.

La disposition sera évidemment caduque, puisqu'il n'y aura plus rien de la chose à laquelle elle s'applique (3).

Si la chose ne péricule qu'en partie, le legs ne sera également caduc qu'en partie. Le Digeste toujours si riche sur la matière des legs, contient plusieurs lois qui le décident ainsi (4), et rien n'est plus évident.

2138. Ici se présente la question de savoir quand une chose est censée avoir péri, question pour la solution de laquelle les lois romaines viennent encore à notre secours.

Mais avant de l'examiner, il faut bien se pénétrer de cette vérité, à savoir, qu'au point de vue de notre article, il doit être supposé en fait que la chose léguée est une chose présente au moment du testament, sur laquelle n'est portée précisément l'attention du testateur : car, si ce dernier avait voulu léguer une chose future, sous la seule condition qu'elle existât à son décès, il serait inutile de se préoccuper des faits de force majeure ou autres qui auraient précédé la mort du disposant.

Je m'explique :

Pierre lègue à François sa récolte. Qu'importe le sort de la récolte pendant au moment du testament, qu'importe sa perte ou sa consommation? Ce n'est pas d'elle qu'il s'agit, c'est de la récolte pendant au jour du décès.

(1) *Suprà*, n° 1934.

(2) Pomponius, l. 26, § 1, D., *De legat.*, 1^o.

(3) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 343, n° 353. Voet, *Ad Pand.*, *De legat.*, n° 50. Ricard, *Dynastions*, part. 3, n° 357.

(4) Pomponius, l. 32, D., *De legat.*, 1^o. Paul, l. 8, § 2, D., *De legat.*, 2^o. Ulpian, l. 53, § 2, D., *De legat.*, 3^o. Celsus, l. 79, D., *De legat.*, 3^o. Pothier, *Pand.*, l. loc. cit., n° 554. Voet, loc. cit., n° 52. Ricard, loc. cit.

Pierre lègue à son neveu la fin de son bail. Le bail dont il s'occupe n'est pas le bail existant au moment du testament, et il sera indifférent que ce bail soit expiré. La fin du bail léguée est celle du bail courant au moment du décès, et il ne faudra penser qu'à celle-là.

Quoique ces vérités soient frappantes d'évidence, on les a contestées dans l'espèce suivante, et c'est ce qui nous a déterminé à les formuler.

Un sieur Bonnefoy avait déclaré léguer à l'un de ses neveux, Antoine Bonnefoy, la jouissance, pour ce qui resterait à courir après sa mort, d'un appartement que le testateur occupait alors en vertu d'un bail qui devait expirer sept ans après. Au bout des sept ans, le testateur renouvela ce bail, et le dernier bail avait deux années déjà commencées lorsque le testateur mourut. Le légataire universel refusa à Antoine Bonnefoy la délivrance de son legs sous le prétexte que ce legs était caduc par l'expiration du bail précédent, le seul compris, suivant lui, dans la disposition. Mais ce système fut repoussé par arrêt de la cour de cassation du 12 décembre 1851 (1). Il n'était pas proposable, et les raisons abondaient pour en démontrer les côtés faibles.

2139. Ceci posé et bien entendu, arrivons aux notions qu'il faut avoir présentes à l'esprit pour se faire des idées justes sur ce que l'on doit entendre par la perte de la chose. Il est des changements qui équivalent à perte; il en est d'autres qui, loin de détruire la chose, ne font que l'améliorer ou l'augmenter. Il est des pertes qui se réparent, et que le testateur a voulu faire disparaître, à côté de celles qu'il laisse sans résiliation. Toutes ces nuances doivent être distinguées et mûrement pesées.

Une chose a péri dans le sens de la loi, non-seulement quand elle a cessé d'exister absolument, mais encore quand elle a cessé d'exister dans l'espèce qu'elle avait. De là, il suit que la permutation de la chose léguée en une autre espèce anéantit le legs : « *Ex dissolutione et permutatione rei legatæ in alteram speciem romana luntas mutata videtur* » (2).

La loi 88, *in principio*, D., *De legat.*, 3^e (3), donne pour exemple de cette règle le cas où le testateur ayant légué de la laine, en a fait ensuite des habits; et encore celui où le testateur ayant légué une certaine quantité de bois, en

a fait construire un vaisseau. Ni les habits, ni le vaisseau ne sont dus, à moins d'une volonté bien claire exprimée dans le testament (4).

Toutefois, les jurisconsultes romains proposent une solution différente, lorsque le changement s'applique à une chose qui, quoique ayant revêtu une forme nouvelle, peut aisément reprendre la forme qu'elle avait auparavant, tels sont les métaux... C'est pourquoi, suivant Paul (5), si je lègue à un individu un lingot d'argent, et qu'ensuite j'en fasse de la vaisselle, le legs sera dû; car l'argent ne perd pas son nom par cette transformation, et il peut de suite reprendre la forme de lingot par l'action du feu :

« *Cujus hæc ratio traditur: quippe ea quæ talia naturæ sunt, ut sorpius in sua possint redigi in initia, ea materiam potentiâ victâ, nunquam vitæ ejus effugiant.* »

Pourtant, comme tout ici est dominé par l'intention du testateur, le juge examinera si sa volonté n'a pas été de révoquer le legs, et plus d'une circonstance de fait pourra se présenter pour faire décider l'affirmative.

Quoi qu'il en soit, les mêmes doutes n'existeront pas si le testateur ayant légué un morceau de marbre, en a fait faire une statue, parce que, s'il est une fois façonné et travaillé, il ne peut reprendre son ancienne forme (6).

2140. L'accession fait souvent changer une chose de forme et de valeur... Et cependant cette chose ne cesse pas de demeurer ce qu'elle était. Le seul point à considérer est si la chose léguée forme le principal dans cette union, et si la chose ajoutée ne forme que l'accessoire. Dans ce dernier cas, il n'y aura pas transformation légale de la chose, et le legs ne sera pas caduc (7).

Toutefois l'intention du testateur (on ne saurait trop le répéter) devra être rapprochée de cette règle pour la confirmer ou l'infirmer. En matière de legs, la volonté est la règle souveraine.

On peut donner pour exemple le cas où le testateur, après avoir légué un emplacement, y a élevé des constructions. En règle générale, ces constructions devront appartenir au légataire de l'emplacement, en vertu de la maxime *ædificium solo cedit*. C'est ce que nous avons établi ci-dessus (8). Mais si le testateur a manifesté une volonté contraire soit explicitement, soit implicitement, cette règle de droit ne sera pas suivie.

(1) Devill., 33, 1, 314. *Palais*, t. XXIV, p. 425.

(2) *Mantica, De conj. ult. volunt.*, l. 42, l. II, n° 8. *Marcellus*, § 1, l. 6, D., *De auro leg.* *Pothier, Pand.*, l. II, p. 344, n° 358.

(3) *Paul*, lib. 5, ad leg. *Jul. et Pap.*

(4) *Pothier, Pand.*, l. c. *Ricard*, part. 3, n° 394 et s.

(5) *L. 78, § 4, D., De legat.*, 3^e. *Pothier, Pand.*, l. II, p. 416, n° 1.

(6) *Paul. loc. cit. Voy.*, sur ce point, *Bartole* au sujet de la loi 44, § 2, D., *De legat.*, 1^{re}, n° 1. *Mantica, loc. cit.* *Cujas* au sujet de la loi 18, § 3, D., *De pignori* (ad lib. 29. *Pauli ad edict.*) *Ricard, loc. cit.*

(7) *Ulpian*, l. 44, § 4, D., *De legat.*, 1^{re}. *Paul*, l. 98, § 8, D., *De solut.* *Cujas* sur les lois 21 et 22, D., *De legat.*, 1^{re}.

(8) N° 1940.

2141. Il y a des objets qui se composent de parties diverses dont l'ensemble forme un tout ayant une forme déterminée : telle est une maison où se trouve l'assemblage de pierres de différentes formes et grandeurs, de pièces de bois, etc... Lorsqu'il s'agit d'un objet de cette nature, le changement des parties ne peut nuire au tout; toutes les pierres de la maison peuvent être changées les unes après les autres, la maison n'en restera pas moins une maison. Si donc le testateur lègue une maison, et qu'ensuite il la refasse peu à peu, partie par partie, de fond en comble, elle sera toujours due. C'est la solution donnée par Calus [1]. Pomponius [2] cite un exemple analogue, celui du legs d'un vaisseau réparé tant de fois depuis le testament, qu'il aurait été entièrement refait. Dans ces espèces, en effet, le corps ne cesse pas de subsister; ce sont des parties existantes qui reçoivent l'union de parties nouvelles.

2142. Quand le testateur a détruit la chose qui faisait l'objet de sa disposition : quand, par exemple, il a démoli la maison et qu'il en a fait bâtir une autre à la place, on demande si le legs sera dû. Suivant Calus, il est censé caduc, par la raison que la nouvelle maison est un autre corps qui n'est pas compris dans le legs : « *Si domus fuerit legata..., et eâ domo destructâ, et aliâ eodem loco testator edificaverit, dicemus interire legatum, nisi aliud testatorem sensisse fuerit adprobaturum* [3]. » Il y a plus, et d'après Mantica [4] cette décision devrait avoir lieu, soit que le testateur eût démoli volontairement la maison, soit qu'elle eût été démolie par cas fortuit.

Mais pour dire notre avis là-dessus, il nous semble que ces décisions sont plutôt de fait que de droit, et il faut prendre garde de ne pas voir des règles générales là où n'existent que des décisions sur des cas particuliers [5]. Ainsi par exemple, si le testateur démolissait la maison léguée, et si avec les mêmes matériaux il en construisait une autre sur le même emplace-

ment, afin de se procurer plus de commodité, nous pensons que le legs ne serait pas caduc [6]. Mais s'il détruisait la maison léguée afin d'en employer les matériaux à autre chose, et qu'ensuite avec d'autres matériaux il fit édifier une maison nouvelle sur des plans tout différents de l'ancien bâtiment, on pourrait dire que le legs a été révoqué, et que ce qui existe n'est pas ce qui a été légué.

2143. L'insuffisance des biens laissés à son décès par le testateur, produit des effets analogues à la perte de la chose léguée. Si par exemple le testateur, estimant sa fortune au-dessus de sa valeur, fait des legs que les réserves empêchent de payer en tout ou en partie, il y aura, pour ainsi dire, caducité totale ou partielle, ou si l'on aime mieux, inutilité du legs.

Notez que pour que l'insuffisance des biens de la succession puisse être opposée au légataire, il faut qu'elle résulte d'une liquidation régulière. On trouve ces points consacrés dans un arrêt de la cour de Paris du 3 mars 1820 [7].

Il y a, du reste, cette différence entre la perte réelle et l'insuffisance, que la perte éteint le legs d'une manière absolue, au lieu que le legs peut reprendre sa force, si des ressources inespérées viennent mettre dans la succession de quoi l'acquitter.

2144. Venons maintenant au cas où la perte arrive après la mort du testateur.

Nous avons dit ci-dessus [8], qu'aux termes de la deuxième disposition de notre article, le legs est caduc si la chose a péri après le décès du testateur, sans le fait et la faute de l'héritier; cette disposition n'est que l'application du principe *res perit domino* : et ce n'est point là à proprement parler une caducité. Aussi a-t-on critiqué avec raison les expressions du Code sur ce point [9]. En effet, le légataire a acquis la propriété de la chose léguée au moment de l'ouverture de la succession [10]. Il n'y a donc pas de caducité, puisque tout au moins la disposition a produit la saisine de droit.

[1] L. 65, § 2, D., *De legat.*, 1^{re}.

[2] L. 24, § 4, D., *De legat.*, 1^{re}. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 543, § 390. *Jeune Pothier, Donat. testam.*, ch. 6, sect. 4, art. 1, § 2. Grenier, n° 316. Duranton, t. IX, n° 493.

[3] Calus, l. 65, § 2, D., *De legat.*, 1^{re}. Pothier, *Pand.*, loc. cit.

[4] Mantica (d'après Jasson), loc. cit.

[5] *Supra*, n° 1340. Voet, *Ad Pand.*, *De legat.*, n° 35.

[6] Ricard, part. 3, n° 386.

[7] Entre autres moyens opposés par la légataire universelle à la demande en délivrance d'un legs particulier de 12,000 fr., on faisait valoir subsidiairement celui-ci : que le legs particulier dont il s'agissait devrait être déclaré nul, parce que les forces de la succession constatées par l'inventaire étaient presque absorbées par les

dettes du défunt.

Voici sur ce point la réponse du jugement qui fut adoptée par l'arrêt du 3 mars 1820 de la cour de Paris (Devill., 6, 2, 217) :

« Attendu que l'insuffisance de la succession pour acquitter les reprises de la veuve du testateur ne rendait pas nuls en droit, mais seulement inutiles en fait, les différents legs portés au testament ; que d'ailleurs cette insuffisance ne pourrait être établie que par une liquidation régulièrement faite, et qu'il n'a pas encore été procédé à cette liquidation, etc., etc. »
« Par ces motifs, déclare valable le legs dont il s'agit, etc., etc. »

[8] N° 2136.

[9] Zacharie, t. V, § 723, p. 431, note 7.

[10] *Supra*, n° 1925.

ARTICLE 1043.

La disposition testamentaire sera caduque, lorsque l'héritier institué ou le légataire la répudiera, ou se trouvera incapable de la recueillir.

SOMMAIRE.

- | | |
|--|--|
| <p>2145. De la caducité par répudiation.
2146. De l'époque à considérer pour apprécier l'incapacité du légataire. — Renvoi.
2147. De la différence entre la donation et le legs quant à l'acceptation.
2148. De la faculté de répudier une hérédité en droit romain.
2149. Des conditions nécessaires pour pouvoir répudier une libéralité. — 1^o Il faut que les choses soient entières.
2150. Explication de cette condition.
2151. Quelles personnes néanmoins pourraient être admises à revenir contre leur acceptation.</p> | <p>2152. 2^o Il faut que l'échéance soit arrivée.
2153. 3^o Il faut que la répudiation ait lieu pour le tout.
2154. Quelles personnes peuvent répudier.
2155. Par quels actes on peut répudier.
2156. Exemples de renonciation tacite dans l'ancien droit.
2157. De la jurisprudence sur ce point.
2158. Le légataire peut retirer sa renonciation, s'il n'y a eu ni partage ni acceptation par un autre légataire ou héritier.
2159. Les créanciers du légataire peuvent être admis à accepter la libéralité à laquelle il a renoncé.</p> |
|--|--|

COMMENTAIRE.

2145. Le Code, après avoir parlé dans l'article 1039 du cas où la disposition devient caduque par le prédécès du légataire, revient aux causes de caducité dont l'origine est dans la personne de ce même légataire; l'art. 1043 traite de la caducité provenant de la répudiation ou de l'incapacité [1].

2146. Nous avons vu ci-dessus les incapacités qui empêchent de recueillir une disposition testamentaire [2], nous ne voulons pas y revenir; nous nous bornerons à rappeler que l'incapacité du légataire doit être considérée au moment où le testament produit son effet, et que c'est alors seulement qu'elle opère et rend la disposition caduque. Car l'incapacité survenue après que le legs a été acquis à la personne gratifiée n'a pas d'effet rétroactif. On peut recourir à ce que nous avons dit ci-dessus [3], sur les époques à considérer pour déterminer la capacité des héritiers ou légataires.

2147. Eu voilà donc assez sur l'incapacité [4]. Passons à la répudiation.

Toute libéralité doit être acceptée : *Inuito beneficium non datur*. Il y a pourtant, à cet égard, une différence entre la donation et le legs. L'acceptation des donations entre-vifs doit être expresse et authentique comme la donation; il n'en est pas de même de l'acceptation

des libéralités à cause de mort. Elle résulte le plus souvent d'actes tacites; on la présume même volontiers, et le legs est toujours censé accepté, à moins que cette présomption ne soit exclue par la répudiation [5].

Il suit de là que, lorsqu'un donataire entre-vifs meurt avant d'avoir accepté formellement la donation, cette donation est déstituée d'effets, parce que la donation est un contrat qui ne subsiste que par le concours de deux volontés légalement manifestées. Si au contraire le légataire meurt avant d'avoir fait connaître son acceptation, il n'en transmet pas moins à son héritier le droit à la chose léguée qu'il a acquis dès le jour de la mort du testateur.

2148. Dans le droit du Digeste où l'on distinguait les héritiers en héritiers siens, héritiers nécessaires et héritiers étrangers, tout le monde n'avait pas la faculté de répudier une hérédité [6]. Les héritiers siens et nécessaires, qui étaient héritiers de plein droit et malgré eux, ne pouvaient répudier d'après la maxime : *Qui semel est heres non potest desinere esse heres*. Le prêteur accordait toutefois le bénéfice d'abstention aux héritiers siens, c'est-à-dire aux enfants. Ce bénéfice d'abstention ne leur faisait pas perdre la qualité d'héritier; ils la conservaient toujours; seulement ils n'étaient pas sou-

[1] Ans. Le legs fait à un exécuteur testamentaire pour être employé selon les instructions secrètes du testateur est radicalement nul, comme fait au profit d'une personne incertaine ou laissé à la volonté d'un tiers (*Jurisp. de Belg.*, 1827, 2, 292). — Un tel legs serait valable s'il était fait, *verbi gratia*, aux pauvres honteux.

Gand, 12 avril 1839 (*Jurisp. de Belg.*, 1839, 248, 2).

[2] Nos 511 et suiv., art. 902.

[3] Nos 435 et suiv. (observat. prél. du ch. 2).

[4] Voy. encore *infra*, nos 2484 et 2485.

[5] Art. 1014 du C. Nap.

[6] Nos 1806 et suiv., art. 1006.

mis aux eharges et actions héréditaires. Il y avait donc une différence essentielle entre la répudiation et l'abstention. La répudiation faisait perdre la qualité d'héritier; l'abstention n'effaçait que l'obligation des eharges héréditaires [1].

Justinien abrogea cette différence par la loi 22, § 1, au Code *De jure deliberandi*, qui établit un droit nouveau et qui déclare que l'abstention, de même que la répudiation, résout tous les droits à l'hérédité et en dépouille celui qui s'est abstenu ou qui a répudié [2]. C'est ce droit que nous suivons aujourd'hui, et nous ne faisons aucune différence entre l'abstention, la répudiation, la renonciation, etc...

2149. Plusieurs conditions sont nécessaires pour pouvoir répudier une libéralité.

La première est que les choses soient entières : ce qui veut dire, qu'on ne peut répudier une libéralité à cause de mort, qu'autant qu'on ne l'a pas d'abord acceptée. Ainsi, celui qui aurait accepté soit tacitement, soit expressément l'hérédité à lui déferée, ne pourrait ensuite s'en abstenir, *Semel habes, semper habes* [3].

La même règle doit être suivie à l'égard du legs particulier, d'après la maxime générale posée par les lois romaines : *Quod acquisitum est, repudiari non potest* [4]. La jurisprudence a eu souvent occasion d'en faire l'application [5].

2150. Le legs ne peut être répudié, après l'acceptation, sous prétexte des eharges qui le rendent onéreux.

A la vérité, nous avons dit ei-dessus [6] que la charge ne peut excéder l'émolument : mais ce serait à tort que l'on se servirait de ce principe incontestable pour dire que si la charge du legs est onéreuse au légataire, il peut répudier la libéralité, même après l'avoir acceptée. Le légataire ne peut se dégager de la charge qu'il a consenti à accomplir.

Ainsi, si, par affection, le légataire avait estimé la chose léguée plus que la charge y appo-

sée, il pourrait être forcé à accomplir cette charge, et il ne serait pas reçu à répudier la libéralité [7].

Ainsi, si la chose léguée venait à périr entre les mains du légataire, il ne pourrait répudier le legs, pour se dispenser de la charge.

Il est clair, du reste, que le principe qui défend de répudier un legs accepté n'a de raison d'être que pour le legs avec charge, et qu'il est sans application pratique à un legs pur et simple. Peu de personnes, en effet, sont tentées de répudier, après l'avoir accepté, un legs pur et simple qui, ainsi que nous l'apprend l'article 1024 [8], n'est qu'émolument et avantage; et s'il y avait quelqu'un qui eût devoir répudier dans ces circonstances, nous ne croyons pas que ceux qui profiteraient de cet abandon songeassent à s'en plaindre [9].

2151. Il est donc constant, en thèse générale, qu'on ne peut répudier une libéralité qu'autant qu'on ne s'est pas lié par une acceptation obligatoire. Il faut cependant excepter les personnes qui, ne jouissant pas de l'intégrité de leur capacité, auraient accepté sans les autorisations qui les protègent. Ces personnes peuvent revenir plus tard contre leur acceptation.

2152. La deuxième condition pour répudier un legs universel ou particulier, est qu'il soit échu par la mort du testateur, s'il est pur et simple, ou, s'il est accompagné d'une condition suspensive, que la condition soit arrivée. Car la renonciation faite avant cette époque serait nulle et inefficace [10].

2153. Il est une troisième condition : il faut que celui qui ne veut pas profiter du legs répudie pour le tout; car s'il ne répudie qu'une partie, et déclarait vouloir accepter l'autre, il n'accepterait ni ne répudierait. *Legatarius pro parte repudiare non potest* [11].

Ainsi, Caius lègue un troupeau à Sempronius; Sempronius ne pourra demander partie des animaux et rejeter l'autre partie [12].

[1] Pothier, *Pand.*, l. II, p. 246, n° 83, 86, 88.

[2] Furgole, ch. 10, sect. 2, n° 3.

[3] Cassat., 22 janvier 1817 (Devill., 5, 1, 274). *Infra*, n° 2158.

[4] Ulpien, l. 4, § 7, D., *De success. edicto*. Papinien, l. 22, D., *De fideicommiss. libert.* Paul, l. 56, D., *Ad leg. falcid.* Papinien, l. 70, § 1, D., *De legat.*, 2°. Junge Cujas, *Observat.*, l. 3, ch. 11. Meynard, l. 7, ch. 8. Furgole, *loc. cit.*, n° 8. Merlin, *Repert.*, v° *Légataire*, p. 775, col. 1.

[5] Arrêt de Bordeaux du 21 mars 1824 (Deville, 9, 2, 59), déclarant que le veuve, légataire universelle de son mari, qui transige dans un ordre avec des créanciers contestant une créance de la succession et s'engage à les désintéresser, fait acte d'acceptation pur et simple, bien qu'elle eût déclaré précédemment n'entendre accepter que son bénéfice d'inventaire.

Un arrêt de cassation du 24 août 1831 (rej.) de Bor-

deaux) (*Journal du Palais*, l. 24, p. 174), qui décide que l'acceptation de la qualité de légataire universel peut résulter, au profit d'un légataire particulier, d'une lettre dans laquelle le premier reconnaît avoir accepté cette qualité de légataire universel.

[6] *Supra*, n° 365.

[7] Furgole, VII, l. 63, 64. Richard, *Dispos. condit.*, n° 109, 281. *Supra*, n° 366.

[8] *Supra*, n° 1982 et suiv.

[9] Voy. ei-dessus ce que nous avons dit de la répudiation de la donation, n° 63, art. 894.

[10] Ulpien, l. 13, D., *De adq. hered. Doumaz, Comm.*, l. 8, esp. 18, n° 20. Toullier, l. VI, n° 533.

[11] Pomponius, l. 38, D., *De legat.*, 1°. Paul, l. 4, D., *De legat.*, 2°. Pothier, *Pand.*, l. II, p. 346, n° 368.

[12] Paul, l. 6, D., *De legat.*, 2°. Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*

Cette règle s'applique même au cas où, par la même disposition, il serait fait deux legs au même légataire, dont un avec charges. Le légataire ne pourrait accepter le legs libre et répudier l'autre (1); car ces deux legs ont un caractère d'unité qui ne permet pas de les diviser.

2154. Disons maintenant un mot des personnes qui peuvent répudier.

La répudiation est une aliénation, quoique sous certains rapports les lois romaines ne l'aient pas considérée comme telle; il n'y a donc que ceux qui peuvent aliéner qui peuvent répudier (2).

2155. Par quels actes peut-on répudier?

Comme la renonciation ne se présume pas, le Code Napoléon a voulu que la répudiation des successions fût faite par acte au greffe du tribunal de première instance (3).

Mais cette disposition ne s'applique pas aux legs, du moins aux legs particuliers; elle pourrait, tout au plus, être étendue aux legs universels ou à titre universel, parce que ceux qui sont ainsi institués sont successeurs aux biens et tenus des dettes pour leur part et portion (4).

Quant à ce qui concerne les legs particuliers, comme les légataires particuliers ne sont pas des successeurs ayant qualité pour représenter le défunt, et qu'ils ne sont pas tenus des dettes, il est évident qu'il n'est pas nécessaire que leur répudiation soit prouvée par un acte du greffe. Ils restent sous l'empire du droit qui, avant l'exception portée par l'art. 784 du Code, permettait de répudier, même tacitement, une hérédité, une succession, une libéralité quelconque. C'est ce qui résulte à la fois des lois romaines (5) et de la jurisprudence (6).

2156. Mantica a traité au long les conjec-

tures desquelles on peut tirer les présomptions d'une renonciation tacite (7). Nous ne nous arrêterons pas aux longues discussions de cet auteur; il examine *ex professo* si l'on peut tirer une preuve de répudiation de ces mots : « *Nolo adire, nolo heres esse, non adibo, dico me non aditurum, etc.* » On pourrait dire de ces controverses : « *Difficiles nugæ.* » Elles sont si éloignées de la simplicité de notre droit, qu'on a peine à les concevoir aujourd'hui (8); mais il y a des exemples plus sérieux. La loi 120, § 1, D., *De legat.*, 1^{re}, enseigne que celui qui consent à la vente de la chose léguée est censé répudier le legs. Ici, l'intention ne peut être douteuse, et ce cas peut servir de boussole pour les questions de ce genre (9). La jurisprudence offre aussi des espèces qu'il est utile de consulter (10).

2157. Mais une réflexion doit tout dominer, c'est qu'une renonciation ne se présume pas, et qu'il faut, par conséquent, qu'elle soit clairement prouvée. C'est pourquoi nous sommes de l'avis de Furgole (11), qui combat l'opinion de ceux (12) qui veulent qu'on soit censé renoncer, lorsqu'on laisse perdre les effets précieux compris dans la libéralité.

Un arrêt de la cour de Caen, du 10 novembre 1814, avait refusé de voir une répudiation de legs dans les circonstances suivantes :

Le sieur Jean Gast avait fait à son frère Abraham Gast un legs de la nue propriété de certains immeubles sans dispense de rapport. A l'ouverture de la succession, le frère figura à l'inventaire comme héritier à succéder; peu après, il fit acte d'héritier, en recevant sa portion dans une créance de la succession.

Un mois plus tard, Abraham Gast déclara à ses cohéritiers qu'il entendait renoncer à la succession de son frère pour s'en tenir à son legs (13).

[1] « *Sed duobus legatis relicta, unus quidem repudiare, alterum vero nupletis posse, respondetur. § 1. « Sed si unum ex legatis onus habet, et hoc repellitur, non idem direndum est. Pone eam, cui decem et Stichus legatus est, rogatum servum manumittere; si Falcidia locum habet, ex decem utriusque legati quarta deducetur. Igitur, repudiato servo, non restabit nisi decem legatus, sed legatarius ex pecuniâ duas quartas relinquit. » (Paul, l. 3, D., *De legat.*, 2^o. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 346, n° 369.)*

[2] Furgole, ch. 10, sect. 2, n° 43. Caius, l. 11, D., *De auctor. test.* Ulpian, l. 3, § 8, D., *De rebus eorum qui sub tutel. sunt.* Pothier, *Success.*, ch. 3, sect. 3, art. 1, § 2. Merlin, *Repr.*, v° *Légataire*, § 4, n° 4, l. VI, p. 771 in fine.

[3] Art. 784 du C. Nap.

[4] Une renonciation à une succession appelle d'autres héritiers; elle intéresse aussi les créanciers de la succession. Un acte de cette nature doit être nécessairement public; il sera fait au greffe du tribunal d'arrondissement dans lequel la succession sera ouverte. — Treilhard, *Exposé des motifs au corps législatif* (Fenet,

t. XII, p. 132, Loaré, t. XI, p. 193).

[5] Ulpian, l. 120, § 1, D., *De legat.*, 1^{re}. Scævola, l. 88, § 11, D., *De legat.*, 2^o.

[6] Cassat., 22 janvier 1817 (Devill., 3, 1, 274). Vay. *infra*, n° 2158.

[7] *De conject. ult. vol.*, l. 12, l. 14, n° 1 à 31.

[8] Furgole, ch. 10, sect. 2, n° 80 et suiv.

[9] Pothier, *Donat. testam.*, ch. 6, sect. 3, § 3.

[10] Arrêt de la cour de cassation, du 21 mai 1858 (Devill., 42, 1, 37), qui décide qu'une femme légataire d'une partie des biens de son mari, qui, dans un traité fait avec ses enfants, déclare en recevant une somme de....., qu'il ne lui est plus rien dû pour une cause quelconque, est pas la réputée renoncer au legs qui lui a été fait ou reconnaître qu'elle en a reçu la délivrance.....; du moins que l'arrêt qui le juge ainsi échappe à la censure de la cour de cassation.

[11] *Loc. cit.*, n° 21.

[12] Bartole, in l. *Gent.*, n° 28, D., *De ady. heredit.* Mantica, *loc. cit.*, l. 12, l. XIV, n° 26.

[13] Art. 845 du C. Nap.

Ceux-ci répondirent en l'assignant à fin de partage en qualité d'héritier pur et simple. Ils se fondaient sur ce qu'ayant pris le titre d'héritier, Abraham Gast devait le rapport de son legs; ce qui équipollait, de sa part, à une répudiation de la libéralité.

Cette objection était grave : pour l'éluider, l'arrêt de la cour de Caen refusa de voir un acte d'addition d'hérédité dans l'acceptation d'une part de créance de la succession par Abraham Gast; d'après cette cour, cette division d'une seule créance, dans une succession composée de quantité de créances, de meubles et d'immeubles, ne pouvait être considérée comme un partage. Or, jusqu'au partage, Abraham avait droit d'opter, tout en prenant la qualité d'héritier.

Mais la cour de cassation (1), acceptant les faits dans leur sincérité et faisant application de l'ancienne maxime *semel heres semper heres*, cassa l'arrêt de Caen. Elle imprima à Abraham Gast la qualité d'héritier, d'où suivait nécessairement un abandon de son legs (2).

2158. Il peut arriver que le légataire répudie par un premier mouvement, et que par la suite il éprouve du repentir; dans ce cas, il lui est permis de retirer sa renonciation, à la condition qu'il ne soit intervenu aucun acte de partage, et qu'aucun héritier ou légataire n'ait recueilli ou signifié son intention de recueillir la part répudiée (3).

L'article 790 du Code Napoléon offre, à cet égard, un argument décisif. Il autorise, en effet, l'héritier *ab intestat* à revenir contre la renonciation qu'il a faite à la succession, si elle n'a déjà été acceptée par d'autres. Pourquoi n'en serait-il pas de même à l'égard du légataire renonçant?

L'hérédité testamentaire, ou déferée par la volonté de l'homme, est une succession aussi bien que l'hérédité légitime ou déferée par la volonté de la loi, et nous avons vu plus d'un cas où les règles tracées dans le chapitre V du tit. I du liv. III du Code, sont suivies lorsqu'il s'agit de dispositions testamentaires (4). Si donc il est certain que le légataire a, comme l'héritier *ab intestat*, le droit de répudier, on doit être forcément amené à reconnaître aussi qu'il doit

avoir, comme lui, le droit de rétracter sa répudiation; car les deux positions sont analogues, et de plus, les deux droits sont la conséquence l'un de l'autre. C'est ce qui résulte formellement du considérant suivant d'un arrêt de la cour de cassation (5) :

« Attendu que le droit de rétracter la répudiation sous les conditions exprimées en l'article 790 du Code civil est inséparable du droit de répudier, et que ce double droit appartient à l'héritier testamentaire comme à l'héritier légitime, puisque le Code les a mis sur la même ligne, en comprenant dans le même titre les successeurs légitimes et les successeurs testamentaires (6). »

2159. Les créanciers du légataire peuvent être admis à accepter la libéralité à laquelle il a renoncé (7). Cette renonciation, qui est souvent le fruit de la négligence, d'un mauvais calcul ou d'une malice (8), peut leur être préjudiciable, et ils ont le droit de s'en plaindre. Nous ne suivons pas, en ce point, les principes du droit romain (9), qui n'autorisait l'action des créanciers que quand le débiteur aliénait, en fraude, ce qui lui appartenait, et non lorsqu'il négligeait d'acquiescer (10). Les créanciers ont pu savoir que le défunt destinait à leur débiteur son hérédité, ou une partie de son hérédité, et ils ont pu être conduits par cette considération à lui prêter loyalement leur argent. Au point de vue de l'équité, on peut dire avec Louet : « *Spes hereditatis futura est in bonis* » (11). »

Il est vrai que nous avons établi ci-dessus (12) que les créanciers n'ont pas qualité pour accepter une donation répudiée par leur débiteur. Mais on ne doit pas comparer la donation avec le legs. Dans la donation, le donateur est là qui, ayant fait une libéralité en faveur d'une personne qu'il affectionne, est maître de refuser l'acceptation de tiers qui lui sont indifférents, et de briser par sa volonté un acte qui n'a pas encore acquis le caractère bilatéral. La situation est tout autre quand il s'agit de legs, et ces raisons, décisives quand il s'agit de donations, ne décident rien quand il s'agit de dispositions à cause de mort.

(1) Cassat., 22 janvier 1817 (Devill., 5, 1, 274).

(2) *Suprà*, n° 2150.

(3) La cour de Grenoble a consacré ce principe, par arrêt du 22 mars 1850 (Deville., 51, 2, 249), dans une espèce où les héritiers, aussitôt après la renonciation du légataire, avaient déclaré accepter l'hérédité. — Le légataire ne peut être admis à revenir contre sa renonciation.

(4) *Suprà*, notamment n° 1839, 1845.

(5) Cassat. (rejet de Pan), 25 janvier 1837 (Deville., 37, 1, 394).

(6) Il est inutile de faire remarquer que, dans l'es-

pèce au sujet de laquelle cet arrêt est intervenu, les biens compris dans le legs auquel le légataire avait d'abord renoncé, n'avaient pas encore été recueillis par d'autres légataires ou héritiers.

(7) Art. 38, 1. 1 de l'ord. de 1747. Argument des art. 622 et 788 du C. Np. *Infra*, n° 2249.

(8) Louet et Brodeau, lettre R, *nom*, 20.

(9) L. 6, D., *Quæ in fraudem*.

(10) Furgate sur l'article précité de l'ord. de 1747.

(11) *Loc. cit.*

(12) N° 1100.

ARTICLE 1044.

Il y aura lieu à accroissement au profit des légataires, dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement.

Le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il le sera par une seule et même disposition, et que le testateur n'aura pas assigné la part de chacun des colégataires dans la chose léguée.

ARTICLE 1045.

Il sera encore réputé fait conjointement, quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration aura été donnée par le même acte à plusieurs personnes, même séparément.

SOMMAIRE.

- | | |
|--|--|
| 2160. Quelles personnes profitent de la caducité du legs. | droit d'accroissement puisse s'opérer. |
| 2161. Du droit d'accroissement en droit romain. | 2179. L'accroissement se fait à la chose et non à la personne. |
| 2162. Le droit d'accroissement est fondé sur la volonté du testateur. | 2180. Quid de l'accroissement, si le légataire a vendu sa portion du legs. |
| 2163. Des conjonctions de droit romain. | 2181. La portion vacante doit-elle accroître avec la charge qui l'affecte ou sans la charge. |
| 2164. De la conjonction <i>re tantum</i> . | 2182. Règles qui président au partage de l'accroissement. |
| 2165. De la conjonction <i>re et verbis</i> . | 2183. Du droit d'accroissement dans les legs d'usufruit. |
| 2166. De la conjonction <i>verbis tantum</i> . | 2184. La part d'usufruit devenue vacante accroît aux légataires cotitulaires. |
| 2167. Des lois <i>Julia</i> et <i>Papia Poppaea</i> , dites <i>Lois caducaires</i> . | 2185. Dans les legs d'usufruit, l'accroissement se fait à la personne et non à la part. |
| 2168. Abrogation de ces lois. | 2186. Le droit d'accroissement n'a lieu que dans les dispositions testamentaires. |
| 2169. Système admis par le Code Napoléon. | 2187. Du droit d'accroissement dans les institutions contractuelles. |
| 2170. Du droit d'accroissement résultant aujourd'hui de la conjonction <i>re et verbis</i> . | 2188. Différence, quant au droit d'accroissement, entre les dispositions testamentaires universelles et les legs particuliers. |
| 2171. De la conjonction <i>re tantum</i> sous le Code. | 2189. De certaines dispositions qui ne sont pas de leur nature susceptibles du droit d'accroissement. |
| 2172. Suite. | 2190. Quid du droit d'accroissement dans les legs de quantité? |
| 2173. La conjonction <i>re tantum</i> ne saurait produire aucun accroissement. | 2191. Le testateur peut prohiber le droit d'accroissement. |
| 2174. Il faut toutefois distinguer si le testateur a fixé les parts à dessein, ou n'a fait qu'exprimer une conséquence du partage. | |
| 2175. Jurisprudence de la cour de cassation favorable au droit d'accroissement par conjonction. | |
| 2176. Jurisprudence contraire lorsque'il est établi que le testament a entendu assigner des parts. | |
| 2177. En cette matière, l'interprétation de la volonté du testateur domine toutes les questions. | |
| 2178. Résumé des conditions nécessaires pour que le | |

COMMENTAIRE.

2160. Après avoir parlé des principaux cas qui rendent un legs caduc, le Code explique à qui cette caducité doit profiter.

En thèse générale, s'il n'y a pas de légataire universel, la caducité profite aux héritiers *ab intestat* (1). S'il y a un légataire universel, c'est à lui que revient le bénéfice de la caducité; car il est mis par la volonté du testateur à la place de ceux qui par la volonté de la loi sont appelés aux biens disponibles. Et il recueille l'avantage de cette caducité, quand même il y aurait

des héritiers à réserve : ces derniers, en effet, n'ont de droit que sur la portion indisponible, et tout ce qui est étranger à cette portion accroît à ceux que le testateur a revêtus de l'universalité de ses droits (2).

Voilà la règle.

Mais le testateur peut la faire fléchir, la modifier et la diversifier; c'est cette volonté qu'il faut surtout interroger, afin de ne pas s'écarter de la distribution prescrite par ses dernières dispositions. Bien des combinaisons peuvent se

[1] Art. 786 du C. Nap.

[2] Ricard, part. 2, n° 501. Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, p. 755. *Supra*, n° 1764, 1767, 1768.

présenter à l'esprit [1]. Nous nous occuperons ici de la plus fréquente et de la plus considérable : elle a lieu lorsque le testateur ordonne soit explicitement, soit implicitement par une volonté spéciale, que la caducité tournera, non pas au profit des héritiers légitimes, ou du légataire, mais au profit des colégataires particuliers. Ce droit exceptionnel, fondé sur la volonté du défunt, est ce que l'on appelle en jurisprudence le droit d'accroissement.

Perezius le définit ainsi [2] : « *Jus per quod conjuncti in hereditate, legato, vel mortis causa donatione, vacans portio accedit seu cedit portioni occupatæ.* » Corvinus en donne une définition plus courte [3] : « *Est jus accrescendi jus quo pars vacans cedit et accrescit parti occupatæ.* » Mais comme il n'est pas toujours vrai que la portion accroisse à la portion, ainsi qu'il arrive dans le legs d'usufruit, nous préférons cette définition de Mantica : « *Jus conjunctionis, quo quis vacante seu deficientem portionem consequitur* [4]. »

Balde a fait du reste une comparaison assez singulière du droit d'accroissement : « *ut si unius oculi pupilla claudatur, alterius oculi pupilla dilatatur, ita etiam quando deficit unus conjunctorum, alter locupletatur* [5]. »

2161. Le droit d'accroissement entre cohéritiers conjoints et colégataires paraît être aussi ancien que les testaments mêmes. Quelques auteurs, peu versés dans l'histoire du droit romain, ont cru qu'il avait été introduit par les lois caducaires (L. Julia et Papia Poppæa). Mais les témoignages les plus positifs [6] prouvent que le droit d'accroissement existait bien avant la loi Papia. Cette loi, en effet, se borne à le modifier, en attribuant dans certains cas au fisc ce qui dans l'ancien droit devait accroître aux conjoints. Suivant Heineccius [7], il faudrait même en rapporter l'origine à la loi des Douze Tables qui renferme ce texte [8] : « *At si intestatus moriatur, cui suus hæres nec esset, agnatus proximus familiam habeto.* » Les prudents conclurent de là, par un argument à contrario, que si quelqu'un décédait avec un testament, on ne pouvait pas admettre à sa suc-

cession les héritiers légitimes, et ils posèrent cette règle du droit antique, à savoir, qu'il n'était pas permis de déroger par le testament à la succession légitime. Or, le droit d'accroissement devait dériver nécessairement de ce principe, puisque la conséquence en était que la portion vacante dans une hérédité testamentaire ne pouvait profiter qu'au cohéritier institué par le testament.

Par la suite on arriva à étendre aux legs cette règle qui ne s'appliquait, d'abord, qu'aux hérédités. Les prudents supposèrent, par analogie, que lorsque le testateur avait légué une même chose à plusieurs colégataires, il avait préféré ses colégataires à ses héritiers dans cette chose ; de même que lorsqu'il avait institué plusieurs héritiers, il était censé avoir voulu les préférer à ses successeurs légitimes. Dès lors le légataire se trouva appelé à profiter de l'accroissement *jure conjunctionis* [9].

2162. Il résulte de ces dernières observations que le droit d'accroissement est fondé sur la volonté présumée, mais nécessaire, du testateur ; et Mantica a eu raison de dire [10] avec tous les auteurs : *Scribit Decius jus accrescendi introductum fuisse ex conjecturali mente testatoris*. Les prudents, en portant leur esprit d'investigation sur la dernière volonté du disposant, ont pensé, avec raison, ainsi que nous le disions au numéro précédent, que le testateur ayant appelé plusieurs personnes à une même libéralité, avait préféré chaque légataire en particulier par rapport à la chose léguée *in solidum* [11], et partant de là ils ont posé des règles, dont les articles que nous analysons sont l'expression la plus récente et la plus parfaite.

Toutefois, Holtius [12] a pensé que le droit d'accroissement ne pouvait être considéré comme ayant pour base la volonté du testateur. Selon lui, une telle théorie est incompatible avec la nature du legs, et la principale raison qu'il donne c'est que, comme l'enseigne Ulpien [13], le legs prend sa source dans la rigueur du droit civil, et n'est point, comme le fideicommiss, régi par la nue volonté du testateur.

Cette objection ne nous semble avoir aucune

[1] On peut voir un cas remarquable infra, n° 2356.

[2] Proleg., sur le Cod., De codic. toll., n° 9.

[3] Eod. titulo.

[4] L. 10, t. III, n° 14, De conj. ult., v. l.

[5] Sur la l. 1, C., De codic. toll., § 1, n° 6.

[6] « ... Si vero conjunctim, velut Titio et Seio huiusmodi neminem de lego, jure civili concurren pariter se habent, non concurrentes altero pars ejus alteri adcrebent : sed post legem Papianam non capientis pars caduca fit. » (Ulpien, fragm. 24, § 12.) Junge Heineccius, ad leg. Jul. et Papian., l. 3, ch. 9, § 1. Voet, de legat., n° 79. Fargole, ch. 9, n° 3 et suiv.

[7] Ad leg. Jul. et Papian., l. 3, ch. 9, § 2. Junge Bynkershoek, observ. 2, 3.

[8] Lex duod. tabul., Tabula quinta.

[9] Heineccius, loc. cit. : « Conjectum autem hæreses institui, vel conjunctionem legari est totam hereditatem vel tota legata singulis data esse, partesque concurrens fieri. » (Celsus, l. 80, D., De legat., 3^e.)

[10] De conj. ult. vol., l. 4, t. XII, n° 7.

[11] Fargole, loc. cit., n° 6 in fine.

[12] Observ. sur le droit d'accroissement (Thémis. IX, p. 235).

[13] Reg., l. XXV, § 1.

valeur. Nous savons bien que le legs est une disposition d'origine purement civile, qu'il a sa racine dans la loi des Douze Tables, tandis que le fideicommissus a été une innovation de l'équité et une conquête de la libre volonté des hommes. Mais il ne résulte pas de là que l'interprétation des prudens n'a pas eu le plus vaste champ pour rechercher et préciser le sens des dispositions faites sous la forme de legs. L'interprétation des prudens est une des sources les plus riches du droit civil romain. Elle a étendu le cercle de la loi des Douze Tables; elle a développé et suppléé le droit par les plus précieuses innovations. Or, dans la matière des legs, quel a dû être l'objet essentiel de l'œuvre des prudens, si ce n'est la volonté du testateur, son expression légitime et sa signification incontestable? Ceci ne veut pas dire que toute volonté, quelle qu'en soit la formule, a dû être une autorité pour les interprètes du droit civil. Dans les testaments, plus encore que dans les autres matières de jurisprudence, la solennité est une condition essentielle de validité. Mais la forme solennelle étant observée, reste toujours la question de volonté qui a une si grande place dans les testaments, et les prudens ont eu la mission de la constater par les procédés de leur puissante logique. De là, leurs préceptes, leurs formules, leurs réponses; de là, ces règles quelquefois si sévères [1], quelquefois si sages, qui abondent dans le Digeste et qui, en tenant compte des volontés précises du droit [2], s'attachent aussi à la volonté du testateur, pour la mettre dans son véritable jour [3].

Au surplus, après avoir constaté avec nos réserves l'opinion de Holtius, nous ferons remarquer qu'au point de vue du Code Napoléon, il est incontestable que le droit d'accroissement est fondé sur la volonté du testateur.

2163. Puisque le droit d'accroissement dérive d'une conjonction établie par le testateur, il faut voir dans quel cas un legs est fait conjointement.

Dans le droit romain antérieur à Auguste, il

y avait trois manières de joindre deux légataires : « *re tantum, re et verbis, verbis tantum* » [4]. »

2164. La conjonction *re tantum*, aussi nommée disjonction [5], avait lieu quand deux individus étaient appelés au même legs par deux dispositions séparées : « *Titio fundum Tusculanum do lego; Marcio eundem fundum Tusculanum do lego.* » On voit par cette formule que bien que les légataires soient appelés par des phrases différentes (ce qui fait qu'on les nomme quelquefois *disjuncti*) [6], ils sont unis par le lien que produit l'identité de la chose léguée.

Quand cette conjonction avait été faite dans un legs de vénéfaction, et que l'un des appelés ne recueillait pas, la portion vacante accroissait à l'autre [7] : c'est ce que les interprètes ont appelé *jus non decrescendi*, qualification qui n'est pas classique (car elle ne se trouve pas dans les livres du droit romain) [8], mais qui a une énergie qui l'a fait maintenir dans le langage de la jurisprudence.

Si cette conjonction avait été faite dans un legs *per damnationem*, il n'y avait pas lieu au droit d'accroissement, puisque l'un des légataires avait la chose et l'autre l'estimation. Par exemple : *Heres meus Stichum servum meum Marcio dare damnus esto; eundem Stichum Titio dare dominus esto.*

2165. La conjonction *re et verbis* avait lieu lorsque par la même disposition deux personnes étaient appelées à la même chose. « *Titio et Marcio fundum Cornelianum do lego.* »

Si le legs était fait par vénéfaction, le droit d'accroissement découlait de cette formule conjonctive [9], et, en effet, il est clair que la chose avait été léguée solidairement, qu'elle n'était divisible que par le concours de tous les appelés, et que si l'un des appelés manquait, la solidarité restait [10]; c'est ce que l'on appelle proprement *jus accrescendi* d'après les textes du droit classique [11].

Mais dans le legs de damnation, la conjonction *re et verbis* ne donnait pas lieu au droit

[1] La règle de Caton, par exemple.

[2] Cuius, l. 16, D., De cond. et demonst.

[3] Marcellus : « *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem.* » (L. 69, D., De legat., 3^e.)

Le même Marcellus : « *Quoniam in testamento ambiguitur aut etiam perperam scriptum est, benignè interpretari, et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est.* » (L. 24, D., De reb. dubiis.)

Paul : « *Quoniam in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntaria questio.* » (L. 25, D., De legat., 3^e.)

Le même Paul : « *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur.* » (L. 12, D., De dona. regul. juris antiqui.)

[4] Paul : « *Triplex modo conjunctio intelligitur; aut enim re per se conjunctio contingit, aut re et verbis, aut verbis tantum.* » (L. 142, D., De verb. signif.)

[5] Cuius, comm. 2, § 199.

[6] Cuius, loc. cit. Just., De legat., § 8. Ulpian, l. 1, § 3, De usufr. accresc. Heinzeclius, loc. cit. Fargole, loc. cit., n° 14. Pothier, Pand., l. II, p. 358, n° 415 et suiv.

[7] Pothier, Pand., loc. cit. Cuius, loc. cit.

[8] Fargole, loc. cit., n° 13.

[9] Cuius, loc. cit.

[10] « *... In solidum habuerant; concursa res divisa est.* » (Ulpian, l. 3 in princ., D., De usufr. accresc.)

[11] Vaticani Fragm., §§ 85 et 87, Pothier, Pand., l. II, p. 358, n° 419 et suiv.

d'accroissement; chacun ne pouvait prendre que sa part virile : si l'un des colégataires faisait défaut, c'était l'hérédité qui profitait [1].

2166. La conjonction *verbis tantum* se faisait lorsque le testateur appelait plusieurs personnes à la même chose, en marquant à chacune la part qu'elle devait avoir : « *Titio et Mario fundum Tusculanum do lego equis « partibus.* »

Il n'y avait de conjonction dans une pareille disposition que par les mots. Il n'y en avait pas en réalité dans la chose. Cette chose était divisée par le testament même qui avait fixé les parts. C'est ce qui faisait dire à Paul [2] : *Semper partes habent legatarii*. Or, puisqu'il n'y avait pas de conjonction, il n'y avait pas d'accroissement. C'est ce que Cujas [3] avait parfaitement aperçu, malgré l'erreur d'autres interprètes [4] qui, trompés par un texte de Paul [5] détourné de son sens naturel, avaient cru que la conjonction *verbis tantum* produisait l'accroissement. La découverte des Institutes de Caius a prouvé que Cujas ne s'était pas trompé. Ce précieux document, en effet, exclut par préterition l'accroissement résultant de la conjonction *verbis tantum*. Quand Caius parle des causes d'accroissement, il ne signale que la conjonction *re et verbis* et la conjonction *re tantum* comme produisant cet effet dans les legs. Il garde sur la conjonction *verbis tantum* un silence qui s'explique par la nature de cette conjonction, laquelle ne rapprochant les colégataires par les mots que pour les séparer par la fixation de leur part, est exclusive de tout accroissement [6].

2167. Tel était l'état des choses résultant du droit civil avant Auguste. Ce prince le modifia.

On sait que la politique d'Auguste avait entrepris une grande réforme de la société romaine viciée par l'amour du célibat et le désordre des mœurs. Entre autres moyens employés par lui furent les célèbres lois Julia et Papia Poppæa qui, dans le but de décourager

le célibat, voulurent que ceux qui n'étaient pas mariés ne pussent rien recevoir par le testament des étrangers [7], prenant ainsi les Romains par leur côté faible, l'avarice. Ces lois allèrent plus loin, et par faveur pour les unions fécondes elles décidèrent que ceux qui étant mariés n'avaient pas d'enfants (*orbi*) ne recevraient que la moitié de la disposition [8]. On donna le nom de caduques (*cadere*) à ces dispositions qui, quoique valables par le droit civil, tombaient en vertu des lois Julia et Papia [9].

Mais à qui devaient profiter ces caducités ? Longtemps il y a eu des nuages sur cette partie des lois d'Auguste ; mais les Institutes de Caius les ont dissipés. Ce jurisconsulte nous apprend, en effet [10], que, par la loi Papia, la portion des célibataires et des *orbi* devait appartenir aux personnes nommées dans le testament et ayant des enfants : « *Post legem rerum Papiam « deficientis portio caduca fit, et ad eas pertinet qui in eo testamento liberos habent.* » Et voici dans quel ordre la loi Papia appelait les pères (*patres*) inscrits dans le testament à réclamer les caduca [11].

En première ligne, la loi Papia plaçait les colégataires conjoints qui avaient des enfants ; ils étaient préférés aux héritiers, quand même ces derniers en auraient eu aussi.

En deuxième ligne, et à défaut de colégataires conjoints ayant des enfants, venaient les héritiers pères.

En troisième ligne, et à défaut d'héritiers pères, c'était à tout légataire ayant des enfants qu'il appartenait de réclamer les caduca.

Enfin, à défaut des pères, les caduques allaient au peuple romain [12], ou pour mieux dire au fisc toujours insatiable pour représenter le peuple romain, quand il avait des avantages à recueillir.

Ce n'est pas tout : la loi Papia Poppæa traita comme caduques les dispositions faites à toutes personnes qui, d'après les causes ordinaires du droit civil, ne pouvaient les recueillir. Suppo-

[1] « ... Jus accrescendi cessat, non immerito quoniam « damnatio partes facit. » (Vatienus Frang., loc. cit.) Caius, comm. 2, § 203.

[2] L. 89, D., De legat., 3^e.

[3] Sur la l. 16, D., De legat., 1^o.

[4] Doueun, *Coom.*, l. 7, ch. 3. Vinnius, *Instit.*, De legat., § 8. Corvisus sur le Cod., De cod. tollendis. Duaren, *Tractatus de jure accresc.*, lib. 1, cap. 10. Menochius, *Præsumpt.*, lib. 4, præf. 139. Preezius, *Prælect.* sur le Cod., De cod. tollend., n^o 15.

[5] L. 89, D., De legat., 3^e. *Infra*, n^o 2182.

[6] Caius, comm. 2, § 199.

[7] Caius, comm. 2, § 286 : « *Celibes quoque, qui per « legem Juliam hæreditates legatque capere prohiben- « tur...* » Heinzeceus, l. 2, ch. 21, ad cap. 36, De pen. relib., nos 1 et 2. Voy. mon *Influence du christianisme*,

ch. 3, Du mariage, p. 171 et suiv.

[8] Caius, loc. cit. : « ... Item urbi qui per legem « Papiam, ob id quod liberos non habent, dimidius partes « hæreditatum legatorumque perdit... » Heinzeceus, loc. cit., ad cap. 37, nos 1 et 3. Mon *Influence du christianisme*, loc. cit.

[9] « ... Quod quis sibi testamentum relictum, ita ut « jure civili capere possit, aliquod ex causis non reperit « caducum appellatur, veluti reciderit ab eo. » (Ulpian, *Frang.*, De cod., § 1.)

[10] *Comm.* 2, § 206.

[11] Caius, comm. 2, § 207.

[12] Mon *Influence du christian.*, p. 173, 174. Tacite, ann. 111, 28. Caius, comm. 2, § 286 : « *Aut si nullus « liberos habebunt, ad populum (translata erunt), sicuti « juris est in legatis et in hæreditatibus.* »

sons qu'une personne capable fut gratifiée d'un legs et qu'elle mourût sans avoir pu le recueillir, cette disposition était caduque d'après la loi *Papia Poppæa* [1], et les règles de l'ancien droit civil sur le sort de la partie vacante étaient remplacées par le nouveau droit formulé par Auguste et que nous venons de résumer [2].

On voit que, dans ces diverses classes d'appelés, les pères conjoints jouaient le premier rôle. Là se retrouvait, par conséquent, le système de conjonction résumé dans les trois formules dont nous parlons tout à l'heure. Il ne paraît pas que les lois d'Auguste y aient porté atteinte [3]. *Calus* nous signale cependant une grave innovation [4] : c'est que pour l'application de la loi *Papia* en faveur des conjoints, on ne faisait pas de différence entre le legs de vindication et le legs de damnation.

Sous Caracalla il se fit un autre changement, et le fise, qui ne trouvait pas sa part assez large, remplaça les pères et devint seul héritier des caduques [5]. Il les recueillit, non pas par droit d'accroissement, mais *ex lege* [6]. Tout le système des conjonctions devint dès lors sans application à la matière des legs et même des fidéicommiss, qu'on y avait assimilés pour ne rien perdre [7].

2168. Ces choses durèrent jusqu'à Constantin. Jusqu'à ce prince les lois caduques furent un sujet de tracasseries et d'inquisitions pour les citoyens romains, qui les détestaient, et qui cherchèrent sans cesse à les éluder par les fraudes et malgré les délateurs [8]. Mais la politique des Césars, qui avait fait établir ces lois, était trop éloignée des voies du christianisme, pour survivre à la révolution qui mit sur le trône la religion de Jésus-Christ [9]. Constantin les ébranla dans leur côté politique et moral, en abolissant les peines prononcées contre les célibataires [10]. Il n'en resta que la partie fiscale, et l'on voit dans le Code Théodosien de combien de dilapidations, d'inquisitions et de corruptions, cette triste ressource du fise était l'objet [11].

Justinien abrogea complètement les derniers

débris de ce monument décrié et odieux élevé par la politique des empereurs païens. Pour ne parler que du droit d'accroissement, ce prince se trouva naturellement ramené au système qui avait été en vigueur avant Auguste, et dont *Calus* nous a donné l'exposé, à savoir, l'accroissement entre colégataires et fidéicommissaires, par suite de la conjonction *re et verbis*, ou par l'effet de la conjonction *re tantum*. Seulement, Justinien, imitant en cela la loi *Papia*, effaça l'ancienne différence entre le legs de vindication et le legs de damnation [12], et il voulut que, quelle que fût la forme du legs, la portion vacante accrût à celui qui était conjoint *re tantum* ou *re et verbis* [13].

Quant au conjoint *verbis tantum*, Justinien garde un silence semblable à celui qu'avait gardé *Calus*. La raison en est que, d'après ce que nous avons dit [14], cette conjonction par les mots et non pas par la chose, par le discours et non par la pensée, ne produisait pas d'accroissement.

Tel était le dernier état de la jurisprudence romaine sur le droit d'accroissement. Il était suivi, tant en pays de droit écrit qu'en pays de droit coutumier [15], parce qu'il reposait sur de bonnes règles de logique et sur une interprétation raisonnable de la volonté du testateur.

2169. Le Code Napoléon a jugé pourtant que si le fond de cette jurisprudence était bon, il y avait quelques perfectionnements à y introduire. En conséquence, il a conservé dans leur pureté les règles de la conjonction *re et verbis*. Mais il a modifié, à certains égards, les notions données par le droit romain sur la conjonction *re tantum*.

2170. Et d'abord, en ce qui concerne la conjonction *re et verbis*, voici le texte de l'art. 1044 :

« Le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il le sera par une seule et même disposition, et que le testateur n'aura pas assigné la part de chacun des légataires dans la chose léguée. » C'est bien là la conjonction *re et verbis*, c'est-à-dire la conjonction qui se trouve dans le discours et dans la chose.

[1] *Calus*, *comm.* 2, § 206, 286.

[2] *Calus*, *loc. cit.*

[3] *Hottius*, *loc. cit.*, a cru qu'elles l'avaient changé sur le fondement de la loi de Paul, 89, D., *De legat.*, 3^e. Mais nous n'entendons pas cette loi comme *Hottius* : nous la prenons dans le sens que *Cujas* lui a donné. Voy. *infra*, n° 2182.

[4] *Comm.* 2, § 208.

[5] *Ulpien*, *reg.* 17, § 2 : « *Notiæ ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fieri vindicantur, sed a servato jure antiquo liberis et parentibus.* »

[6] *Ulpien*, *reg.* 19, § 17. *Ortolan*, *Inst.*, t. II, p. 510.

[7] *Calus*, *comm.* 2, § 286.

[8] *Mon Influence du christian.*, p. 173. *Tacite*, *annal.* 3, 28. *Justinien*, l. 1, D., *De cad. tollend.*, l. 3, *Cod. Theodos.*, *De bonis vacant.* (*Theodose le Jeune*).

[9] *Influence du christian.*, p. 177.

[10] L. 1, *Cod. Theodos.*, *De inf. pamiis carib. et orbis*. Voy. *Cod. Justin.* *cod. titulu.*

[11] Voy. le titre *De bonis vacant.*, et le titre *De incorporatione*. Voy. le commentaire de Godefroy sur la loi 2, *Cod. Theod.*, *Si pretorianis sociis*, etc.

[12] *Inst.*, *De legat.*, § 2. L. *unic.*, § 11, C., *De cad. tollend.*

[13] *Inst.*, *De legat.*, § 8.

[14] *Supra*, n° 2166.

[15] *Ricard*, *Donat.*, part. 3, ch. 4.

Le droit d'accroissement qui a lieu dans ce cas repose évidemment sur la volonté du testateur [1] qui a voulu que la chose fût donnée solidairement aux deux légataires. Car il est permis au disposant de conjoindre les légataires par un lien de solidarité, tout aussi bien que les héritiers qu'il institue. « *Conjunctim hæredes institui, aut conjunctim legari; hoc est totam hereditatem et tota legata singulis data esse; partes autem concursu fieri* » [2]. « C'est cette idée que développe Ricard dans la paraphrase suivante [3] :

« L'accroissement peut seulement avoir son effet lorsqu'une même chose a été léguée à deux ou plusieurs indivisément et solidairement, et que le partage et la division ne s'en doivent faire que par le concours des colégataires, c'est-à-dire par l'appréhension de leur part en la chose léguée, de sorte que s'ils concourent tous, comme par le concours la solidité est ôtée et le partage fait, le droit d'accroissement n'a pas lieu; mais si l'un des colégataires ne vient pas prendre sa part, la division ne se fait pas et la solidité demeure à ceux qui recueillent le legs, qui est ce que nous appelons droit d'accroissement. »

2171. Quant au droit d'accroissement résultant de la conjonction *re tantum*, le Code a modifié sur ce point les règles anciennement suivies. Il porte, en effet, art. 1045 :

« Il sera encore réputé fait conjointement, quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration aura été donnée par le même acte à plusieurs personnes, même séparément. »

C'est bien là la conjonction *re tantum* qui unit les deux colégataires par la chose, quoiqu'ils soient séparés par les paroles; mais notre article, pour porter au plus haut degré de certitude les présomptions découlant de la disposition testamentaire, veut qu'une telle conjonction ne produise le droit d'accroissement que lorsque la chose n'est pas susceptible d'être divisée. La volonté d'opérer l'accroissement se fortifie, en effet, considérablement de ce que la circonstance de l'indivisibilité de la chose est jointe à la conjonction *re tantum*. En cela, le Code est plus exigeant que l'ancien droit, sous l'empire duquel les auteurs avaient soin de faire remarquer que le droit d'accroissement était indépendant du plus ou moins de facilité de partager la chose léguée.

2172. Le Code impose encore une autre condition pour que la conjonction *re tantum*

produise le droit d'accroissement; c'est que les deux dispositions séparées soient contenues dans le même acte.

D'après le droit romain, si la disposition qui appelle deux personnes à une même chose se trouvait dans des actes différents, pourvu qu'ils ne fussent pas incompatibles (comme un testament et un codicille), le droit d'accroissement avait lieu. Mais c'était peut-être se montrer trop facile et accorder à l'interprétation de la volonté présumée du testateur des effets trop étendus. Le Code Napoléon n'a pas voulu exposer les dernières volontés à des conjectures hasardées. Quoique se plaçant ici dans le domaine des présomptions, il veut approcher autant que possible de la certitude, et, pour mieux écarter toutes les chances d'erreur, il ne consent à voir une véritable conjonction dans l'espèce que lorsque les deux dispositions sont renfermées dans le même acte.

2173. Quant à la conjonction *verbis tantum*, elle ne peut pas plus produire d'effet qu'elle n'en produisait dans le droit romain. La deuxième partie de notre article le déclare par ces mots : « Lorsque le testateur n'a pas assigné la part de chacun des légataires dans la chose léguée. » D'où il suit à *contrario* que lorsque le testateur a assigné les parts, l'accroissement ne peut avoir lieu; l'assignation des parts, en effet, exclut la solidarité, et chacun des légataires doit rester dans la part qui lui a été faite. S'il en était autrement, il aurait plus que sa part, et la volonté du testateur serait violée. A la vérité, il y a conjonction par les paroles; mais cette conjonction n'est que dans les mots; elle n'est pas dans la disposition, et c'est avec raison qu'elle est appelée *verbis tantum*.

Par exemple, Titius lègue une ferme à Primus et à Secundus, pour que celui-là en ait les trois quarts et celui-ci un quart. Comment serait-il possible que dans le cas où Secundus ne recueillerait pas sa part, elle profitât à Primus? Primus peut-il avoir dans la chose au delà des trois quarts qui lui ont été assignés?

2174. Mais il faudrait bien se garder de voir une assignation de parts dans les énonciations dont le testateur se serait servi pour exprimer tout simplement les conséquences du partage à intervenir dans les termes du droit entre les légataires, sans avoir la pensée de fixer des parts déterminées [4].

« Calus donne à Primus, Secundus et Tertius, son fonds Cornélien pour en jouir par égales portions. » Il n'y a pas là assignation

[1] Voy. n° 2162.

[2] Celsus, l. 80, D., *De legat.*, 3^e.

[3] *Lor. cit.*, n° 445.

[4] *Infra*, n° 2182.

de part dans le sens de notre article. Cujas n'a pas fait autre chose que signaler les effets naturels du partage entre les légataires, ou pour parler comme Cujas :

« *Tunc testator videtur partes adscripsisse*
« *demonstrandi causa, ut scilicet intelligatur*
« *quæ partes fieri debeant per concurreniam, illo*
« *adscriptio (æquis partibus) tunc demonstra-*
« *tio quædam est* [1].

Il faut donc faire une grande différence entre le cas où le testateur a fixé les parts à dessein, et celui où il n'a fait qu'exprimer la conséquence du partage : « *Fidelicet si, dotu opero,*
« *eos conjunxit : non eliam ut compendium*
« *orationi afferret* [2].

Supposons, dans l'exemple cité, que Tertius décède avant le testateur, Primus et Secundus, en recueillant le legs à eux deux au lieu de le partager entre trois, ne le posséderont pas moins par égales portions, et l'intention du testateur ne sera pas trompée ; il y aura conformité entre son précepte et l'exécution de ce précepte. En un mot, la clause du testament n'est que l'énonciation de ce concours de fait dont parle la loi 80, D., *De legat.*, 3^e, que nous avons citée et qui n'empêche pas la conjonction et la solidarité : « *Partes autem concurren fieri.* »

2175. C'est ce qu'a très-bien décidé la cour de cassation par arrêt du 18 décembre 1832 [3], arrêt dont je crois nécessaire de donner l'espèce, parce qu'il n'a pas été bien compris par tous ceux qui l'ont cité.

Un sieur Couillard avait déclaré par une disposition conjonctive léguer une de ses fermes aux enfants de ses trois sœurs Marguerite, Marie-Louise et Françoise Couillard : ce legs était suivi de la clause suivante : « Quant à la propriété de
« ladite ferme, il en sera fait trois lots et par-
« tage par égales portions entre mes légataires,
« neveux et nièces ci-dessus nommés, formant
« trois branches, pour en revenir en toute pro-
« priété et jouissance un tiers à chacune des-
« dites branches. »

La fille de Marie-Françoise Couillard, qui formait à elle seule l'une des trois branches auxquelles avait été légué le domaine dont il s'agit, décéda avant le testateur, de telle sorte qu'au moment de l'ouverture de la succession les trois branches se trouvaient réduites à deux.

Sur la demande en délivrance de la totalité du

legs formée par les deux branches, la légataire universelle prétendit que le prédécès de la fille de Marie-Françoise Couillard avait eu pour effet de faire rentrer la part de celle-ci, c'est-à-dire le tiers, dans le legs universel, et que, par conséquent, elle ne devrait délivrer que les deux tiers du domaine légué à titre particulier.

La cour de Rouen, par arrêt du 17 mars 1830 [4], accueillit ce moyen, en décidant qu'il y avait eu dans l'espèce une assignation spéciale de parts qui empêchait, aux termes de l'article 1044, les deux branches de profiter de la caducité du legs fait à la fille de Marie-Françoise Couillard.

Sur le pourvoi dirigé contre cet arrêt, la cour de cassation [5] se prononça en ces termes :

« Attendu que le sieur Couillard, en léguant le domaine de Quincampoix à trois branches de ses successibles, l'a fait par une seule disposition conjonctive, que le testateur n'a ni dénaturé, ni altérée, en voulant, par une disposition séparée, et qui suit immédiatement (ainsi que l'a reconnu l'arrêt attaqué), qu'il fût fait de ce domaine trois lots et partage par égales portions... pour en revenir en toute propriété et jouissance un tiers à chacune desdites branches ; que ces expressions, qui ne se réfèrent qu'à l'exécution du legs, n'annoncent pas que le testateur ait fait des parts et assigné une quote déterminée à chacun des légataires du domaine de Quincampoix, mais qu'en leur léguant en commun, il a voulu seulement qu'il fût partagé également entre elles, par branches et non par têtes : d'où il s'ensuit que, dans l'espèce, il y avait lieu à l'accroissement au profit des légataires dudit domaine, et, qu'en décidant le contraire, l'arrêt attaqué a fait une fausse application de l'art. 1044 du Code civil, et violé l'article 1039 du même Code ; — casse, etc. [6]. »

On ne comprend pas qu'une décision si simple et si juste ait été un sujet de discussion entre les interprètes, et qu'elle ait servi à bâtir des systèmes sur les conjonctions [7]. Cet arrêt n'a pas d'autre portée que celle-ci : Il décide que l'intention du testateur n'a pas été d'assigner des parts, mais qu'il a seulement voulu que le partage se fît par souche et non par tête. Il est tout à fait conforme à la doctrine de Cujas [8], et l'on peut le rapprocher de deux arrêts de cassation des 19 octobre 1808 et 14 mars

[1] Cujas sur la l. 16, D., *De legat.*, 1^{re}.

[2] Cujas, *loc. cit.*

[3] Devill., 35, 1, 36.

[4] Devill., 33, 1, 36.

[5] 18 décembre 1832 (Devill., 33, 1, 36).

[6] Le 22 juin 1833 (Devill., 33, 2, 337), la cour de Paris, à laquelle l'affaire fut renvoyée, rendit un arrêt conforme à la décision de la cour de cassation.

[7] Merlin, *Répert.*, v^o *Accroissement*, n^o 2. Toullier, t. V, n^o 691. Favard, v^o *Testament*, sect. 3, § 3, n^o 3. Duranton, t. IX, n^o 304 et suiv. Bayle-Monillard sur Grenier, n^o 350, note B. Voy., d'autre part, Proudhon (*De l'usufruit*), n^o 705, qui les combat, mais qui combat dans le vide.

[8] *Suprà*, n^o 2166.

jurisprudence [1]; elle doit être suivie [2].

Observons toutefois que, lorsque la charge est purement personnelle, la disposition de la loi unique au Code *De caducis tollendis* doit servir de règle, parce qu'elle est l'expression d'une vérité de bon sens. Ainsi l'obligation de se marier ou d'embrasser l'état ecclésiastique ne passerait pas au colatéraire qui remplace le légataire défaillant [3].

2182. Parlons maintenant des règles qui président au partage de l'accroissement.

Lorsque le droit d'accroissement vient à produire son effet, la portion vacante de partage au marc le franc entre ceux qui ont recueilli les autres parts de la chose léguée : « *pro portione legati cuique eorum quibus fundus separatim legatus est, accrescat* [4]. »

Cela ne peut faire difficulté lorsque tous les légataires sont unis dans une même conjonction : mais la chose n'est pas aussi claire, lorsqu'il y a mélange de conjonctions diverses. Un texte de Paul a prévu ce dernier cas [5]. Ce texte a été un champ de bataille pour les anciens interprètes [6] et un sujet de conjectures pour les nouveaux [7]. Après y avoir réfléchi, nous pensons qu'il n'a pas d'autre portée que celle que Cujas lui a donnée, en le coordonnant avec l'ensemble de l'œuvre de Justinien. Cette loi n'a été insérée dans le Digeste que pour régler l'ordre de préférence entre les diverses classes de légataires conjoints.

Voici ce que dit Paul :

« *Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re, Titio et Seio rembus aquis partibus de lego : quoniam semper partes habent legatarii. Praefertur igitur omni modo ceteris, qui et re et verbis conjunctus est. Quod si re tantum conjunctus sit, constat non esse potiores. Sit vero verbis quidem conjunctus sit, re autem non : quaestio est, an conjunctus potior sit ? et magis est ut ipse praefertur.* »

Pour expliquer cette loi, rien n'est plus nécessaire que de donner un exemple, c'est ce qu'a fait Cujas dans l'hypothèse suivante où les trois conjonctions se trouvent présentées [8] : « *Primo*

« *et Secundo illius fundum de lego ; deinde Tertio eundem fundum lego ; deinde Quarto eundem fundum lego ; deinde Quinto et Sexto eundem fundum lego ; postremo Septimo et Octavo eundem fundum ex aquis partibus lego.* »

Ce cas est aussi complet que possible : pour arriver à un résultat légitime, il doit être fait cinq portions du fonds qui fait l'objet de ces legs. Une portion d'un cinquième doit appartenir à *Primus* et *Secundus* comme ne représentant qu'une tête [9] ; une autre portion d'un cinquième doit appartenir à *Tertius* ; une pareille portion à *Quartus* ; un autre cinquième appartiendra à *Quintus* et à *Sextus*, et le dernier cinquième à *Septimus* et à *Octavus*.

Primus et *Secundus* sont conjoints entre eux *re et verbis* ; *Quintus* et *Sextus* le sont aussi entre eux de la même manière ; et tous quatre sont conjoints *re tantum* avec les autres ; *Septimus* et *Octavus* sont conjoints entre eux *verbis tantum*.

Si *Primus* précède, sa portion accroît à *Secundus* ; si *Quintus* précède, c'est *Sextus* qui profitera de sa part par droit d'accroissement. Car l'on devra toujours préférer aux conjoints *re tantum* ceux qui sont doublement conjoints *re et verbis*. Que si *Tertius* a précédé, comme il est véritablement disjoint des autres, sa portion accroît à tous les autres, de telle sorte, cependant, que ceux qui sont compris dans la même disposition, *eodem figura orationis*, ne puissent compter que pour une seule tête ayant droit à un quart. Que si *Septimus* précède, c'est *Octavus* qui profitera de sa portion, quoique les mots *aquis partibus* semblent opérer disjonction ; mais dans ce cas particulier, ainsi que l'explique Cujas, il faut les entendre en ce sens que le testateur a voulu que *Septimus* et *Octavus* fussent admis *in solidum* à la même part, *per modum unius*. Cette désignation est, en effet, purement démonstrative ; elle n'est réputée faite qu'au point de vue de l'exécution du legs et pour le cas de concours. *Illa adscriptio est demonstratio quaedam* [10]. C'est là, du reste, un aperçu que nous avons rencontré ci-des-

[1] On a cité à l'appui un arrêt de la cour de Turin du 26 août 1806 (Devill., 2, 2, 168), peut-être parce qu'à cause de la généralité de ses termes, il semble englober tous les cas de conjonction. Mais l'arrêtiste n'ayant pas donné les faits, on ne sait si, dans l'espèce, la conjonction était *re et verbis* ou *verbis tantum*. C'est là une omission regrettable.

[2] *Supra*, n° 418. Toollier, t. V, p. 695. Proudhon, *Usufruit*, t. II, n° 643. Vazeille, n° 7, sur l'art. 1044. Dalloz, *Disposit. entre-vifs*, etc., ch. 9, sect. 4, n° 23. Poujol, n° 9, sur l'art. 1044.

[3] Proudhon, *loc. cit.*, Dalloz, *loc. cit.*, Vazeille, *loc. cit.*

[4] Modestin, l. 41 *in principio*, D., *De legat.*, 2°.
Pothier, *Pand.*, t. II, p. 361, n° 429. Ricard, *part. 3*, n° 333. Furgole, *loc. cit.*, n° 89.

[5] l. 89, D., *De legat.*, 5°.

[6] Voy. ci-dessus, n° 2164.

[7] Holtius, *Dissertation sur le droit d'accroissement* (Thémis, t. IX, p. 235 et suiv.).

[8] Sur la loi 16, D., *De legat.*, 1°.

[9] « *Conjuncti unius personae potestate funguntur.* » (Ulpian, l. 34, D., *De legat.*, 1°.)

[10] Cujas, *loc. cit.*

sus [1] et qui se produit souvent dans la jurisprudence.

Nous remarquerons au surplus que cette difficulté résultant d'un mélange bizarre de conjonctions, qui n'est nullement dans nos usages, se présentera rarement sous le Coile.

2183. Le droit d'accroissement mérite un examen particulier lorsque les dispositions sont en usufruit [2].

Le droit d'accroissement, en cette matière, est fondé sur les mêmes principes qu'en matière de propriété, c'est-à-dire sur la solidarité de la disposition faite à deux ou plusieurs personnes appelées conjointement *re et verbis* ou *re tantum* [3].

Mais il avait reçu des lois romaines quelques modifications remarquables qui en alteraient les effets, et qui sont détaillées au titre du Digeste *De usufructu accrescendo*.

2184. Une première singularité doit être signalée.

Quoique les usufruitiers eussent accepté et recueilli chacun sa portion, si l'une de ces portions venait à vaquer après l'acceptation, la portion vacante accroissait aux autres usufruitiers, bien qu'il en soit autrement dans les legs de propriété où le droit d'accroissement cesse dès que les portions sont acquises à tous les légataires par leur acceptation [4].

La raison qu'on donnait de cette différence était que la propriété consiste plus en droit qu'en fait, qu'au contraire l'usufruit consiste dans des faits de possession qui se renouvellent journellement ; que par conséquent le concours divise de plein droit la propriété dès la seule fois qu'il a lieu, tandis que dans l'usufruit, les faits se renouvelant tous les jours, le concours doit se renouveler de même, et que par conséquent s'il vient à n'avoir plus lieu, le concours précédent n'empêche pas que les choses ne soient encore entières pour le droit d'accroissement [5].

Ces choses, quoi qu'on en ait dit, ont une grande valeur, et à notre avis elles sont assez fortes pour que, dans notre jurisprudence, on ne s'écarte pas de la décision des lois romaines.

On peut y ajouter que les légataires de l'usufruit sont saisis *ab initio* de la totalité de l'usufruit qui leur a été légué conjointement, et que dès lors, en cas de mort d'un des colégataires,

les autres doivent continuer à jouir de l'usufruit entier *jure non decrescendi*. D'autant que l'usufruit a un caractère qui fait qu'il s'attache plus aux personnes qu'au fond : « *jus personale*, dit Cujas, *quod coheret personarum* [6]. » Les personnes des usufruitiers sont une classe distincte des nus propriétaires, et tant qu'il en reste une, l'usufruit répugne à se consolider avec la propriété.

C'est surtout sur quelques-unes de ces dernières considérations qu'est fondé un arrêt de la cour de cassation qu'il est important de citer ici [7] :

« Attendu que par son testament du 25 sept. 1829, le général de Segond a légué à son « frère Paulin de Segond et à Louise de Segond, « sa sœur, conjointement, 1^{re} la propriété de « tous ses meubles meublants, linge, etc., 2^e la « jouissance de tous ses autres biens meubles, « créances, fonds en rentes sur l'État, argen- « terie et de tous ses immeubles ;

« Attendu que, par cette disposition, les légai- « raires, en ce qui concerne le legs d'usufruit, « seul objet du procès, ont été saisis *ab initio* « de la totalité de cet usufruit et, que, consé- « quemment, ce n'est pas à titre d'accroisse- « ment que mademoiselle Pauline de Segond a « dû conserver l'intégralité de la jouissance des « immeubles légués par son frère, mais par le « motif qu'aux termes du testament ce legs « n'était pas susceptible de décroissement ; at- « tendu, dès lors, qu'il n'est pas nécessaire « d'examiner si l'accroissement a lieu pour les « legs conjoints d'usufruit comme pour ceux « de la propriété, puisque ce n'est pas de la loi « que la défenderesse éventuelle tient son droit, « mais du testament de son frère ; attendu au « surplus que l'arrêt attaqué déclare en fait « que c'est dans ce sens que le testament a été « entendu par le demandeur lui-même qui a « reconnu, par plusieurs actes formels, que la « totalité de l'usufruit appartenait à sa tante ; « Rejette... »

Cet arrêt n'a voulu résoudre la question qu'en fait. Mais la circonstance de conjonction sur laquelle il se fonde est nécessairement supposée exister ici soit *re et verbis*, soit *re tantum*, et dès lors on arrivera toujours au même résultat [8].

[1] Supra, nos 2173 et suiv.

[2] Supra, no 1913.

[3] Ulpian, l. 1, § 1, *prosum.*, et § 3, *De usufr. accresc.* Potliier, *Pand.*, t. 1, p. 237, no 1. Voet, *ad Pand.*, *De usufr. accresc.*, no 1. Rieard, *part. 3*, no 322. Forgoie, *loc. cit.*, no 48 et suiv.

[4] Ulpian, l. 1, § 3, *D.*, *De usufr. accresc.* Potliier, *Pand.*, t. 1, p. 229, no 10.

[5] Voet, *loc. cit.*, no 4. Rieard, *loc. cit.*, no 324.

Forgoie, *ib.* 9, no 30.

[6] Sur la loi 35, § 1, *D.*, *De usufr. et quomod.* (Quod. Papin., lib. 17). Voy. aussi la loi *prosum.*, c., *De usufr.*

[7] Arrêt du 1^{er} juillet 1841 (Devill., 1841, 1, 851).

[8] Coü-Delisle, no 10, sur l'art. 1044. *Contrà* : Merlin, *Repet.*, vo *Usufruit*, § 3, art. 1, no 5. Grenier, no 335. Proudhon, *Usufruit*, t. II, no 673. Toullier, t. V, no 699. Delvincourt, note 8, sur la p. 93. Favard, vo *Testam.*, sect. 3, § 3. Vazeille, no 11, sur l'art. 1044.

2185. Une autre singularité constatée par le droit romain, c'est qu'en matière d'usufruit l'accroissement, au lieu de se faire à la portion comme dans les legs de propriété, se faisait à la personne. Ainsi, si celui auquel la portion de l'usufruit avait été laissée venait à la perdre, et qu'une autre portion devint vacante, cette nouvelle portion accroissait à la personne du colégataire de l'usufruit, nonobstant la perte de sa première portion [1]. Cette décision est conséquente avec la règle posée au numéro précédent; elle prend sa base dans le caractère personnel de l'usufruit, et nous pensons qu'elle doit trouver place dans le droit moderne.

Ainsi, supposons qu'un legs d'usufruit ait été fait à Primus et Secundus, et que par suite d'un jugement, Primus ait été privé de sa portion d'usufruit; si son colégataire vient à défaillir, la part de ce dernier n'en accroîtra pas moins à Primus : « *Pars enim collegatarii*, dit Ulpien, « *ipsi accrescit (qui se liti obtulit) non domino proprietatis. Usufructus enim personæ ad-* » *crescit, etsi fuerit amissus* [2]. » Il y a une décision semblable de Papinien [3].

2186. Il faut voir maintenant dans quels ordres de dispositions le droit d'accroissement a lieu.

Le droit d'accroissement n'a lieu que dans les dispositions testamentaires et de dernière volonté. Nous ne parlons pas des successions ab intestat où il est réglé par des textes qui ne sont pas de notre sujet [4].

Quant aux contrats et donations entre-vifs, le droit d'accroissement n'y a pas lieu.

Ceci demande explication.

Il n'y a lieu, en effet, au droit d'accroissement que lorsque la disposition ne produit pas d'effet par le refus ou l'impossibilité de le recevoir. Or, dans les contrats et dans les donations, les choses ne peuvent jamais en être au point de se demander s'il y a lieu au droit d'accroissement; car le contrat ou la donation ont été ou non acceptés. S'ils n'ont pas été acceptés, il n'y a ni contrat, ni donation à l'égard de celui qui n'a pas accepté, la disposition est nulle, elle ne peut produire d'effet; donc elle ne peut pas

servir de base au droit d'accroissement [5].

Si le contrat et la donation ont été acceptés, il n'y a pas lieu non plus au droit d'accroissement. La chose passe aux héritiers de l'acceptant [6].

Cependant, s'il résultait formellement des termes de la donation qu'elle est faite *in solidum* à chacun des donataires, la non-acceptation de l'un ne pourrait pas nuire à l'autre; car l'acceptant aurait accepté pour le tout, et il garderait le tout, moins par droit d'accroissement que *per jus non decrendendi* [7].

Mais cette présomption ne peut être facilement admise, d'autant que, dans les donations qui sont de véritables contrats, les termes doivent s'interpréter *quantum sonant*, et que ce n'est qu'autant qu'il serait bien clair que la donation a été faite *in solidum*, qu'on devrait admettre le droit d'accroissement.

2187. Quant aux institutions contractuelles, comme elles produisent le même effet que les testaments, nul doute que le droit d'accroissement ne doive y être admis [8].

2188. Mais, étant données des dispositions testamentaires et de dernière volonté, il y a une grande différence à établir entre l'accroissement qui a lieu dans les dispositions universelles et celui qui a lieu dans les legs particuliers.

Entre légataires particuliers, l'accroissement est subordonné aux conditions rigoureuses de conjonction posées dans les articles 1044 et 1045 du Code Napoléon. La conjonction est une exception reposant sur la volonté du testateur, et cette volonté n'a une base solide que lorsqu'elle se produit dans la forme et avec les circonstances que le législateur a exigées pour avoir les meilleures garanties de certitude.

Mais entre légataires universels, ces conditions spéciales ne sont pas nécessaires. Le caractère universel de la disposition les remplace par sa latitude et son énergie; et l'accroissement s'opère, non pas en vertu des articles 1044 et 1045, mais en vertu de l'universalité du titre qui absorbe tout, par cela seul qu'il est universel. Lors donc qu'on sera en présence d'un legs universel fait à plusieurs, il ne faudra pas décider la question

[1] Ulpien, l. 10, D., *De usufr. accrescendo*. Papinien, l. 33, § 1 *in fine*. D., *De usufr. et quomod.* Paul, l. 14, § 2, D., *De except. rei judicat.* Furgole, ch. IX, no 31. Pothier, *Pand.*, l. II, p. 339, no 11.

[2] Ulpien, l. 10, *loc. cit.*

[3] L. 33, § 1, *loc. cit.*, et Cujas, lib. 17, *Quest. Popin.*

[4] Art. 786 du C. Nap.

[5] « *Si pluribus simul res una vel omnis bona donatur, et unus eorum donum non accepit, portio ejus non habet quaquam accrescit ceteris, sed magis extra donationis causam movetur*... » (Voet, *ad Pand.*, lib. 39,

t. V, no 14.)

[6] L'avis qui vient d'être énoncé est celui de Domoulin sur *Paris*, § 78, glose 4, nos 3, 37 et 38; de Cujas, *Revisions solennelles*, sur la loi 64, D., *De contrah. empt.*, de Perizonius, *Annotationes in Cod.*, *De rebus sol.*, no 9; de Voet, *loc. cit.*, no 14, et de Furgole, *Quest. sur les donat.*, quest. 1, no 18.

[7] Furgole, *loc. cit.*, no 21.

[8] Furgole, ch. 9, no 31, d'après Domoulin sur *Aucapne*, l. XIV, art. 17. Ricard, part. 3, no 181. E. Delaurière, ch. 4, *Des inst. et subst.*, nos 14 et suiv. *Infra*, no 2362.

d'accroissement entre eux par les conditions étroites de conjonction qui sont la règle des legs particuliers. C'est une remarque que nous avons déjà eu occasion de faire dans notre commentaire de l'article 1003 [1], et que nous rappelons surtout deux arrêts de la cour de cassation, des 19 octobre 1808 [2] et 14 mars 1815 [3].

Dans l'espèce du premier arrêt, le testateur avait institué par une seule disposition ses trois neveux, « pour, disait-il, faire et disposer de mon entière hérédité après mon décès, par portions légales à leur volonté, en payant mes dettes. »

Dans l'espèce de l'arrêt de 1815, le testateur avait institué pour légataires universels un frère et une sœur : « pour par eux jouir et disposer de mes biens, » était-il dit dans le testament, « par égales portions. »

Il est évident que, dans ces deux cas, les légataires étant appelés à l'universalité par la volonté du défunt, profitaient de la part de leurs collégataires prédécédés par la seule force de leur droit à l'universalité. Et c'est donc par un surcroît de diligence inutile, que la cour de cassation a cru devoir établir, dans les deux décisions par lesquelles elle a consacré le droit d'accroissement, que le testateur avait conjoint ses légataires universels par une conjonction *re et verbis*. L'accroissement résulte ici de l'universalité : ou le legs est universel ou il ne l'est pas. S'il est

universel (et il est évident qu'il l'est si on veut en combiner les termes avec l'article 1003), il attire à lui, par l'énergie de l'universalité, la part des défaitants.

2189. Du reste, il y a certaines dispositions testamentaires qui ne sont pas susceptibles, par leur nature, du droit d'accroissement.

Tels sont les legs d'aliments : car si le legs d'aliments comprenait quelque chose de plus que ce qui a été jugé nécessaire pour cette destination, il cesserait d'être legs d'aliments. C'est là, en effet, comme le dit Voet [4], un legs limité aux besoins de celui auquel il est fait.

2190. Quelques auteurs ont pensé que le droit d'accroissement n'avait pas lieu dans les legs de quantité [5]. Mais cette exception n'est nullement fondée [6]. D'ailleurs, le Code ne l'établit pas, et elle ne saurait être appuyée d'aucune raison solide [7].

2191. Le testateur peut prohiber le droit d'accroissement ; car ce droit est fondé sur la volonté présumée du testateur, et cette volonté qui a pu s'établir peut aussi se détruire.

Ainsi, si le testateur, après avoir donné le fonds Cornélien à Titius et à Sempronius conjointement, ajoutait qu'il substitue vulgairement Caius à Sempronius, il est évident que le droit d'accroissement aurait été fort loin de la pensée du testateur ; car la substitution est plus forte que le droit d'accroissement [8].

ARTICLE 1046.

Les mêmes causes qui, suivant l'article 954 et les deux premières dispositions de l'article 953, autoriseront la demande en révocation de la donation entre-vifs, seront admises pour la demande en révocation des dispositions testamentaires.

ARTICLE 1047.

Si cette demande est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur, elle doit être intentée dans l'année, à compter du jour du délit.

[1] *Supra*, n° 1773.

[2] Devill., t. II, 1, 590.

[3] Devill., t. V, 1, 37. J'ai cité ces deux arrêts en note, *supra*, n° 1769. Voy. aussi n° 2175.

[4] « ... *Adcedere de alimentorum legato, eo quo non ita cum accrescendi vigere, naturali ratione manifestum est, cum unus ob defectum seu mortem alterius collegiarum dupliciter non videatur saturandus alimentis, sed magis, ut in agris limitatis alluvio cessat, ita et in alimentis ad unius hominis alendi necessitatem limitatis; maxime cum jus accrescendi alluvionibus assimilatum sit. » (Voet, *De usufr. accresc.*, n° 3.) — « Cum testator in alimentis legavit, videtur voluisse ut ultra modum alimentorum quicquam habenti singuli legatarii... » (Mantion, *De conjec. ult. vol.*, l. 10, t. II, n° 24 et suiv.) — Mantion*

ajoute la citation suivante de Balde : « *Neque enim quicquam potest habere duos stomachos.* »

[5] Bartole, Balde, Paul de Castro sur la loi 16, § 2, D., *De legat.*, 1°. Mantion, *De conjec.*, t. 10, t. III, n° 29.

[6] Ricard, part. 3, n° 321.

[7] Ce n'est pas parce qu'il s'agissait d'un legs de quantité que la cour de Toulouse, dans l'arrêt cité au n° 2176, a décidé que le legs de 3,000 fr. fait aux deux frères Rollin ne produisait pas accroissement ; c'est parce qu'il résultait de l'intention du testateur que dans l'espèce il n'y avait pas lieu à accroissement.

[8] Furgole, ch. 9, n° 114. Duaren, *De jure accrescend.*, l. 2, cap. 16. Mantion, *loc. cit.*, l. 4, t. XII, n° 30.

SOMMAIRE.

2192. Les dispositions testamentaires sont révocables pour inexécution des conditions et pour faits d'hostilité.
 2193. Renvoi.
 2194. L'action en révocation pour inexécution des conditions peut être exercée par toute personne ayant intérêt.
 2195. De la révocation pour faits d'hostilité.
 2196. Il faut que les inimitiés soient très-grandes pour entraîner la révocation.
 2197. Quid de la séparation de corps?
 2198. Opère-t-elle de plein droit la révocation des dispositions testamentaires?
 2199. Des injures qui s'adressent à la mémoire du testateur.
 2200. Que font-il entendre par injure grave faite à la mémoire du testateur.
 2201. Quid du fait d'avoir dérobé des objets dépendant de la succession?
 2202. A qui appartient le droit de demander la révocation pour cause d'ingratitude.
 2203. Du délai accordé aux héritiers pour exercer cette action.
 2204. Quelle sera la prescription du délai si le fait d'hostilité s'adresse, non à la mémoire, mais à la personne du testateur.
 2205. En tous cas, l'action des héritiers ne serait pas recevable si le testateur avait pardonné.
 2206. Les testaments sont-ils révocables pour survenance d'enfant. — Distinction.
 2207. Quid si, le testateur n'ayant pas d'enfants, il lui en est survenu depuis le testament et avant son décès?
 2208. Quid si le testateur est décédé n'ayant pas d'enfant, mais sachant que sa femme était enceinte?
 2209. Quid enfin s'il est décédé ignorant la grossesse de sa femme?

COMMENTAIRE.

2192. En se référant aux articles 934 et 935 du Code, l'article 1046 nous apprend que les dispositions testamentaires sont révocables ; 1° Pour inexécution des conditions imposées au légataire ;

2° Lorsque le légataire se rend coupable, envers celui qui l'a gratifié, d'actes incompatibles avec son bienfait. Par exemple, si le légataire a attenté à la vie du testateur, ou bien s'il s'est livré envers lui à des sévices, des délits ou injures graves, lors même, d'après l'art. 1047, que ces injures s'adresseraient non à sa personne, mais à sa mémoire.

Le Code ne fait pas figurer le refus d'aliments parmi les causes de révocation des dispositions testamentaires. La nature des choses y met obstacle, puisque le testament n'a d'effet qu'après la mort du testateur.

2193. Nous n'avons pas besoin de reproduire ici, en ce qui concerne les effets de l'inexécution des conditions en matière de legs, ce que nous avons exposé, soit dans notre commentaire de l'article 900 sur l'accomplissement des conditions apposées dans les dispositions testamentaires (1), soit dans notre commentaire de l'article 934 sur le même sujet envisagé au point de vue des donations entre-vifs (2) ; nous y renvoyons (3).

2194. L'action en révocation des dispositions testamentaires pour inexécution des conditions peut être exercée par toute personne

ayant intérêt, par exemple, par l'héritier légitime contre le légataire universel grevé de conditions et charges (4), par le légataire universel contre les légataires particuliers qui ne satisfont pas aux charges à eux imposées et par les légataires particuliers eux-mêmes, contre ceux de la part desquels ils profiteraient en cas de caducité.

2195. Venons à la révocation pour faits d'hostilité ; elle a les plus grandes analogies avec la révocation des donations pour cause d'ingratitude : on trouvera la raison philosophique et les principaux exemples de cette dernière cause de révocation dans le commentaire de l'article 953 (5). Le lecteur voudra bien y recourir.

Il faut pourtant s'arrêter ici à quelques points particuliers, qui se font remarquer dans la révocation des dispositions testamentaires.

Et, d'abord, on y considère l'hostilité du légataire sous un double aspect : 1° lorsqu'elle résulte de faits qui s'adressent à la personne même du testateur ; 2° lorsque ces faits s'adressent à sa mémoire.

Sur le premier point, on aperçoit, au premier coup d'œil, que les faits d'hostilité imputables au légataire ne peuvent pas toujours être qualifiés d'ingratitude dans le sens propre du mot. L'ingratitude suppose la connaissance du bienfait. Or, le testament étant secret de sa nature, le légataire peut ignorer les dispositions bienfaisantes du testateur. Mais il importe peu que

[1] N° 361 et suiv.

[2] N° 1287 et suiv.

[3] Voy. en outre un arrêt de Grenoble du 16 mai 1842 (Devill., 1843, 2, 279), qui décide que la révocation de la disposition testamentaire peut être deman-

dée contre le légataire universel qui, chargé par le testateur d'élever au monument à sa mémoire, néglige d'accomplir cette charge.

[4] Grenoble, 16 mai 1842 (Devill., 1843, 2, 279).

[5] N° 1304 et suiv.

le légataire ne soit pas ingrat : il suffit qu'il soit hostile ; il suffit qu'il ait pris une attitude ennemie envers celui qui n'avait pour lui que des sentiments bienveillants. Si ce n'est pas par la peine des ingrats qu'il est privé du bienfait, ce sera par la présomption du changement de volonté de la part du disposant, qui n'a pu tester en faveur du légataire que parce qu'il croyait à son affection, et qui ne l'aurait pas gratifié si l'attentat et l'injure eussent précédé le testament.

Ceci posé, nous relevons une singularité du droit romain sur le sujet qui nous occupe ; car il avait établi une différence, à cet égard, entre les institutions d'héritier et les legs. D'après les textes les plus constants, l'institution d'héritier n'était pas révoquée par les inimitiés survenues, depuis le testament, entre le testateur et l'héritier (1). On en a donné cette raison (2) (qui n'est pas celle de tous les auteurs) (3), à savoir que les institutions ne se révoquaient pas par la volonté tacite et non solennelle du testateur (4). Mais il en était autrement dans les legs et fidéicommiss. Le légataire était repoussé par l'exception de dol, lorsqu'il s'était élevé des inimitiés entre lui et le testateur, et cette règle était suivie, même pour les legs faits en faveur d'un des cohéritiers (5).

Le droit moderne n'a pas admis une telle distinction, parce que chez nous les institutions d'héritier ne sont que des legs, et que la décision du droit romain sur l'hostilité du légataire et du testateur est seule conforme à la raison. La loi suppose, dans tous les cas, que le testateur à qui l'héritier ou le légataire ont donné des causes graves d'inimitié, a changé de volonté à leur égard, et elle considère leur demande comme immorale à cause de leur ingratitude.

2196. Mais il faut que les inimitiés soient capitales ou très-graves : de légers refroidissements ne devraient pas être pris en considération : « *Si quidem capitales vel gravissimae ini-micitiae intercesserint, adeumptum videri quod relictum est ; sin autem levis offensio, manet fideicommissum.* » Telle est la décision d'Ulpien (6).

L'histoire nous offre un célèbre exemple d'ingratitude. C'est l'attentat de Decimus Brutus

sur César qui, dans son testament, l'avait institué son héritier par substitution vulgaire. Presque tous les assassins de ce grand homme avaient une place honorable dans les dernières dispositions du plus magnanime et du plus élément des Romains (7).

Scævola signale un autre exemple d'inimitié entraînant la révocation du legs (8). C'est le cas où le légataire aurait porté contre le testateur une accusation capitale et où le testateur serait mort avant la fin du procès, sans avoir révoqué le legs fait au légataire accusateur.

On peut citer encore le fait du mari qui, institué légataire par sa femme, aurait entre-tenu une concubine dans la maison conjugale (9) : il n'y a pas de plus cruelle injure. Quant au cas où ce serait la femme légataire qui se serait rendue coupable d'adultère, on se rappellera ce que nous avons dit ci-dessus sur ce point qui est plus difficile (10).

Enfin, pour ne pas multiplier les détails, car ils peuvent aller jusqu'à l'infini, nous terminerons en disant qu'il y aurait injure grave et ingratitude caractérisée dans le fait du légataire qui insulterait la femme du testateur (11).

2197. La séparation de corps, qui n'a jamais lieu sans un état d'hostilité qui répugne à l'existence d'un bienfait, conduit nécessairement à la révocation des libéralités testamentaires faites à l'époux contre lequel elle a été prononcée.

Par exemple, une femme obtient la séparation de corps pour les causes les plus graves. Antérieurement elle avait fait un testament en faveur de son époux, elle décède plusieurs années après, sans l'avoir révoqué. Il n'en est pas moins vrai que le testament est révoqué facilement, à cause du changement de volonté que font supposer et les injures et sévices, et la séparation que la femme a voulu mettre entre elle et son époux. Ici ne se présente pas l'objection tirée de l'art. 959, qui a été la cause involontaire de si longues erreurs dans la matière des donations (12). Nul ne saurait contester, dans ce cas, l'application de l'art. 1046 et de la révocation qu'il prononce.

2198. Il n'y a qu'une seule difficulté : elle consiste à savoir si la séparation opère, de plein droit, la révocation des libéralités testamentaires, ou bien si, conformément à l'art. 956 com-

[1] Papinien, l. 22, D., *De adim. legat.*

[2] Furgole, eb. 11, n° 107.

[3] Voet, *ad Pand.*, *De adim. legat.*, n° 3.

[4] Paul, l. 36, § 3, D., *De testam. milit.*

[5] Papinien, *loc. cit.* Ulpien, l. 3, § 11, D., *De adim. legat.* Pothier, *Pand.*, l. II, p. 430, n° 2. Ulpien, l. 9, D., *De his que ut ind. Voet, loc. cit.*

[6] L. 3, § 11, D., *De his que ut ind.* Pothier, *Pand.*, l. II, p. 430, n° 2.

[7] Suétone (César), 83.

[8] L. 34, § 2, D., *De adim. legat.* Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, n° 3.

[9] *Supra*, n° 1336.

[10] N° 1333.

[11] Voet, *ad Pand.*, *De adim. legat.*, n° 3. *Supra*, n° 1316.

[12] *Supra*, n° 1357.

biné avec l'art. 1046, la révocation est livrée à l'appréciation du juge, maître de rechercher et de peser les faits, et d'examiner si l'époux testateur n'a pas voulu être généreux, même envers celui dont il s'est séparé [1].

C'est la question examinée au numéro 1361, qui se trouve transportée dans les libéralités testamentaires. Le droit romain ne saurait la trancher d'une manière absolue. Les divorces *bonâ gratiâ* et les simples répudiations étaient des causes de rupture du mariage qui n'impliquaient pas nécessairement une hostilité entre les époux qui se séparaient; le mari pouvait avoir voulu répudier sa femme, sans lui enlever la compensation d'une libéralité.

Il y avait donc des questions de fait qui venaient se mêler aux dissolutions de mariage par le divorce, et le juge était appelé à rechercher quelle avait été la volonté presumée du testateur [2].

Il est vrai qu'Ulpien semble décider, d'une manière générale, que le divorce dissout et révoque le legs. Discutant, en effet, un cas où le mari a légué à sa femme des objets on or et où ces objets ont été fondus, il commence par dire que la matière restant, le legs n'en est pas moins dû; mais il ajoute qu'il faut que la femme légitaire soit encore épouse du testateur au temps de la mort de celui-ci. Telle est, dit-il, la décision de Proculus et elle est exacte : « *et verum est; separatio enim dissolvit legatum* [3]. » Et des textes aussi précis portent la même décision à l'égard de la donation à cause de mort qui, comme on le sait, avait les plus grands rapports avec les legs [4].

Mais il est évident qu'Ulpien n'a envisagé le divorce que pour le cas le plus fréquent, celui où c'est l'inimitié, la colère et la dissension qui mettent aux prises les époux. Au contraire, Celsus, examinant le divorce à ses différents points de vue, déclare qu'il faut se garder d'être trop absolu, qu'on ne doit pas dire avec Proculus que la révocation a nécessairement lieu; que c'est une question de fait, et qu'il faut rechercher la volonté du testateur : « *Uxor legavit, quæ ejus causâ parata sunt, et ante mortem, divorcit. Non debet, quia adempta rideantur, Proculus ait. Nimirum facti questio est. Nam potest nec repudiatio ad mere voluisse* [5]. » Et cette décision se confirme de tous les textes qui, après avoir consa-

cré le divorce *bonâ gratiâ*, reconnaissent que les époux voulant divorcer de bon accord, soit par raison de santé, de vocation religieuse ou militaire, pouvaient se faire des donations *divortii causâ* [6]. Il était donc possible, à plus forte raison, que le divorce ainsi motivé laissât subsister la libéralité testamentaire ou autre, faite par l'un des époux à son conjoint. C'est pourquoi nous disons que la question était subordonnée à l'appréciation des faits; car comme le disait ailleurs Ulpien : « *Plerique cum bonâ gratiâ discedunt, plerique cum irâ sui animi et offensâ* [7]. » Le juge avait à examiner ces circonstances et à voir si, malgré le divorce, le testateur avait persisté dans sa volonté libérale.

Ces idées étaient appliquées en pays de droit écrit au cas de séparation de corps qui avait remplacé le divorce. Il devait en être ainsi puisque, dans l'ancien droit français, la séparation de corps ne révoquait pas *ipso jure* les avantages entre époux, et qu'elle était seulement un fondement pour l'action révocatoire [8].

Mais venons au Code : l'art. 299 du Code Napoléon est ainsi conçu :

« Pour quelque cause que le divorce ait lieu, hors le cas de consentement mutuel, l'époux contre lequel le divorce aura été admis perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. » Ici, le doute n'est plus admissible, et le divorce opère avec une force de dissolution qui l'emporte sur tout.

Or, nous avons vu ci-dessus que cet article, bien qu'édicte pour le divorce, est aussi une règle pour la séparation de corps [9]. D'un autre côté, ces mots « tous les avantages » offrent un sens général qui s'applique aux deux modes de disposition soit entre-vifs, soit par testament. Et, en effet, d'après Ferrière [10], on appelle avantage direct une donation ou un legs fait directement ou nominativement; on appelle avantage indirect un don ou legs fait à des personnes interposées, etc.

C'est aussi dans ce double sens que l'art. 282 de la coutume de Paris se sert du mot avantage. Enfin, l'art. 1079 du Code prend encore dans la même acception le mot avantage. Il suffit, pour s'en convaincre, de rapprocher cet article de l'art. 1076.

[1] « *Nimirum facti questio est; nam potest nec verum putante adimere voluisse.* » (Celsus, l. 3, D., *De auro et argento, legato*.)

[2] Celsus, l. 3, D., *De auro legato*.

[3] L. 49, §§ 3 et 6, D., *De legat.*, 3^o.

[4] Ulpien, l. 11, D., *De donat. inter vir. et uxor.* Hermog., l. 62, D., *ead.* 14.

[5] L. 3, D., *De auro*.

[6] Voy. les textes. Pothier, *Pand.*, l. II, p. 42, n^o 23.

[7] D. 52, § 10, D., *De donat. inter vir. et uxor*.

[8] Merlin, *Reper.*, v^o *Séparation de corps*, § 4.

[9] N^o 1361.

[10] Dictionnaire de pratique, v^o *Avantage*.

On objecte que l'art. 299 parle des avantages faits et que les articles suivants parlent d'avantages stipulés [1]. Or, dit-on, un acte non accompli et toujours révocable ne peut être considéré comme un avantage fait, comme un avantage stipulé.

Chabot a répondu ainsi à cette objection [2] :

« Il est bien vrai que le testament n'est, pendant la vie du testateur, qu'un simple projet de disposition, puisqu'il est toujours révocable et ne produit d'effet qu'au décès du testateur ; mais s'il en résulte que la disposition qu'il contient n'a d'existence réelle et définitive qu'au moment où le testateur décède sans l'avoir changée ni révoquée, il n'en résulte pas également que le testament n'ait pas été un acte jusqu'au décès du testateur, et que ce ne soit qu'à cette époque qu'il doit être réputé avoir été fait matériellement et qu'il prenne le caractère et l'existence d'acte. La fraction du testament et la disposition sont deux choses absolument distinctes... La fraction du testament est réelle, définitive et consommée au moment où elle a eu lieu. L'acte étant fait, il n'est pas possible qu'il n'existe pas dès ce moment, et qu'il ne soit censé fait qu'à une époque postérieure, parce qu'il n'est pas possible que ce qui est ne soit pas. »

Ajoutons à cette réponse de Chabot que les mots « avantages stipulés », qui se trouvent dans les art. 300 et 301 et qui paraissent exclure l'idée qu'il s'agit d'avantages testamentaires, ne sauraient avoir aucun effet sur le sens des mots employés par l'art. 299, « tous les avantages. » Ce dernier article entend parler d'une manière générale de tous les avantages faits entre époux, et les articles suivants s'occupent plus particulièrement de certains de ces avantages. De ce qu'il n'est pas question des legs dans les art. 300 et 301, il ne s'ensuit pas que l'art. 299 n'ait pas voulu les comprendre en se servant de ces expressions « tous les avantages. »

Au surplus, la question a été tranchée par un arrêt de la cour de cassation du 3 décembre 1849 [3], dans l'espèce que voici :

La dame Nicol, mariée en l'an xii au sieur de Bouscatel, avait fait prononcer sa séparation de corps en 1824 pour les causes les plus graves. En 1847, elle meurt sans enfants. Ses héritiers naturels se disposent aussitôt à partager sa succession ; mais le mari intervient, et produit un testament olographe, daté de l'an xiii, par lequel sa femme l'instituait son légataire universel. Ce testament inattendu devait-il survivre à

la séparation de corps, ou bien la séparation de corps l'avait-elle révoqué *ipso jure* ? Telle était la question.

L'arrêt de la cour de cassation est ainsi conçu :

« Attendu qu'il est de principe incontestable que l'art. 299 du Code civil, au titre *Du divorce*, doit recevoir son application au cas de séparation de corps ;

« Attendu que cet article dispose que, etc. ;

« Attendu que ces expressions de la loi sont générales et s'appliquent à tous les avantages que les époux se sont faits depuis l'existence du mariage, sans distinguer entre les donations et les dispositions testamentaires ;

« Attendu que dans l'absence de toute distinction faite par l'art. 299 entre les diverses natures et les différents modes d'avantages, il est impossible de ne pas reconnaître que le législateur a voulu y comprendre également les dons et libéralités faits pour le présent comme pour l'avenir et provenant tout aussi bien de testaments que de donations entre-vifs ;

« Qu'en effet, les motifs qui ont inspiré cette disposition, qui a eu pour objet de punir l'infraction aux lois et aux devoirs du mariage et de satisfaire à la morale publique, en ne permettant pas à un époux indigne de profiter de la libéralité à lui faite par le conjoint dont il a trompé les espérances, s'appliquent à toutes les natures et à tous les modes de libéralités ou d'avantages, et qu'il est impossible de refuser le caractère de la libéralité ou de l'avantage à une disposition testamentaire par laquelle un époux institue l'autre époux son légataire ;

« Attendu que c'est vainement que l'on soutient qu'aux termes de l'art. 1035 du Code civil le testament ne peut être révoqué que par un testament postérieur, ou par un acte portant déclaration du changement de vocation du testateur ; qu'en effet cet article constitue le droit commun qui doit être appliqué, sauf les cas où la loi prononce la révocation de plein droit ; que, lorsque cette révocation existe, le testateur n'a pas besoin de faire ce que la loi a fait pour lui ;

« Attendu que de ce qui précède il résulte que l'arrêt attaqué, en prononçant la révocation du testament fait au profit du demandeur par feu son épouse, par suite de la séparation de corps contre lui prononcée en 1824, et en appliquant à ce testament la dis-

[1] Art. 300 et 301 du C. Nap.

[2] Questions transitoires, p. 394.

[3] Cet arrêt, rendu sur les conclusions conformes de

M. le premier avocat général Nicolas Gaillard, se trouve dans l'article précité de la *Revue de législation*. Voyez aussi dans Devill., 50, 1, 5.

« position de l'article 299 du Code civil, a fait
 « une juste application de cet article et n'a
 « violé aucune loi ;

« Par ces motifs, rejette, etc. »

2199. Il faut parler maintenant des injures qui s'adressent à la mémoire du testateur. Elles n'ont pas moins de gravité que celles qui ont été faites à sa personne même, et la loi aurait été incomplète si elle ne les avait pas prises en considération ; car le testateur est censé vivre, aux yeux des légataires, à cause de sa libéralité. Nous sommes ici dans le cas d'ingratitude proprement dite. Le légataire sait ce que le testateur a fait pour lui, et néanmoins il paye le bienfait par l'injure. En présence d'une ingratitude si précisément caractérisée, la révocation a lieu, non plus par la supposition d'un changement de volonté, mais par la cause prévue par l'art. 955 du Code Napoléon.

Il est vrai que, dans notre commentaire de cet article, nous avons dit que les injures adressées à la mémoire du donateur par le donataire ne sont pas susceptibles d'être recherchées (1). La raison en est que dans la donation l'action en ingratitude dépend de l'appréciation souveraine du donateur, seul juge de la poursuite ou du pardon (2), et que si l'on autorisait une poursuite pour des faits posthumes, il faudrait livrer le sort de la donation à la jalousie souvent injuste des héritiers, et leur attribuer une action que la loi déclare intransmissible et personnelle. Mais il en est autrement dans les matières testamentaires. L'action appartient aux successeurs et ne peut appartenir qu'à eux par la nature des choses. La loi, en la leur ouvrant, a dû lui donner la latitude imposée par la nécessité où ils sont placés de venger le défunt des atteintes portées à sa mémoire et à la morale par l'ingratitude de ses légataires.

2200. Il y a quelquefois des difficultés dans la question de savoir ce qu'il faut entendre par une injure grave faite à la mémoire du testateur. Par exemple, l'inconduite de la femme dans l'an de deuil mérite-t-elle cette qualification ? On peut dire pour l'affirmative : Les lois romaines (3) faisaient perdre aux veuves, qui se remariaient ou tenaient une conduite impudique dans l'an de deuil, les avantages qu'elles

avaient reçus de leur mari. Notre ancienne jurisprudence n'attacha pas, il est vrai, cette peine à la précipitation des secondes noces ; mais elle maintint la rigueur des lois romaines contre les veuves qui se conduisaient impudiquement dans l'an de deuil (4). Le Code a gardé le silence à cet égard ; mais l'article 1047 ne conduit-il pas implicitement au résultat consacré par l'ancienne jurisprudence ? Quelle injure plus grave, en effet, pour la mémoire du mari, que la conduite déréglée et scandaleuse de sa femme (5) ?

Mais il faut répondre que l'art. 1047 n'est pas applicable dans ce cas ; en effet, il a été dans la pensée des rédacteurs du Code d'étouffer les scandales, en ne maintenant pas les peines de l'ancien droit contre la femme qui malverse dans l'année de deuil (6). La cour de Nîmes a exposé avec force les raisons morales et juridiques de cette décision dans un arrêt du 14 février 1827 (7), dont voici les motifs :

« Attendu que la mémoire de celui qui repose
 « dans la tombe n'est point atteinte par les torts
 « d'autrui survenus après son décès ; que l'in-
 « conduite de la veuve, toute répréhensible
 « qu'elle soit, laisse la réputation du mari
 « pleine et entière, telle qu'elle était fixée au
 « terme de sa vie ; que la mémoire de celui-ci
 « ne reste pas moins honorée si elle l'était au-
 « paravant ; qu'enfin, on ne peut assimiler cette
 « conduite à l'imputation d'un fait personnel
 « au défunt, capable de diffamer sa mémoire et
 « qui constituerait, par conséquent, une injure
 « grave faite à sa mémoire ; qu'au surplus, il
 « n'y a pas d'injure sans l'intention d'offense, et
 « que la faiblesse d'une femme qui oublie ses
 « devoirs est un fait entièrement indépendant
 « de cette intention, etc. »

2201. On a demandé s'il y a injure grave à la mémoire du testateur, dans le fait d'avoir dérobé des objets dépendant de sa succession. La question, posée en ces termes, n'est pas soutenable dans le sens de l'affirmative. La mémoire du testateur ne peut être compromise par un fait dont les héritiers seuls sont victimes (8). Cependant, s'il arrivait que la soustraction eût été commise dans l'intention caractérisée de porter atteinte à la mémoire du défunt, par exemple, de le faire passer pour un dissipateur et pour un

(1) N° 1312.

(2) Art. 957.

(3) Gratien, Valentinien et Théodose I^{er}, l. 2, C. *De secundis nuptiis*. Voy. Basnage sur l'art. 377 de la Coutume de Normandie.

(4) Dumoulin, *De fruct.*, § 42, glose 1. n° 143. Basnage, loc. cit. Bretonnier sur Henrys, t. II, p. 482.

(5) *Journal du Palais*, à l'occasion de l'arrêt de cassation du 14 décembre 1813.

(6) Mon Commentaire du Contrat de mariage, t. III

n° 1716. Supra, n° 1313.

(7) Devill., 8, 2, 335. Voy. un arrêt de Montpellier, du 27 août 1811, rapporté au 4^e vol. de Devill., part. 1, p. 490, col. 1, au sujet d'un arrêt de cassat. du 14 décembre 1813. Il faut remarquer que s'il adopte une opinion contraire, c'est qu'il est rendu sur des faits antérieurs au Code Napoléon.

(8) Cassat. (chambre civ.), 25 juin 1822 (Dalloz, *Disp.*, ch. 2. sect. 2, p. 171).

débiteur de mauvaise foi, ayant emprunté pendant sa vie des sommes d'argent que son état d'insolvabilité ne lui permettait pas de rendre, il serait possible de voir dans ce fait un outrage entraînant révocation du legs [1]. Mais cette hypothèse se présentera rarement : un déprédateur est plutôt nu par la pensée de s'enrichir que de nuire à la réputation du défunt.

2202. Le droit de demander la révocation pour cause d'ingratitude appartient à toutes les personnes qui sont appelées à profiter de la révocation, soit les héritiers du sang, soit les héritiers institués selon les cas.

Ici il faut insister sur une remarque que nous n'avons faite ci-dessus qu'en passant [2], c'est qu'il y a une différence remarquable entre la donation et le legs, en ce qui concerne les personnes auxquelles appartient l'action en révocation pour cause d'ingratitude. Dans le cas de donation, cette action est personnelle au donateur ; elle n'appartient à ses héritiers que lorsqu'elle a déjà été exercée par lui ou quand il est décédé dans l'année du délit [3] ; tandis qu'en matière de legs les héritiers du testateur peuvent seuls exercer, dans tous les cas, cette action. Cette différence tient à ce que la donation produit des effets actuels et engendre des rapports directs entre le donateur et le donataire, et que le legs, au contraire, ne produit d'effet qu'après le décès. Le donataire, en acceptant la donation, a contracté envers le donateur un engagement de ne rien faire qui heurte le principe même de la donation, et le donateur, de qui émane la libéralité, tient et doit tenir dans sa main les moyens d'en rendre les conditions permanentes.

Il en est autrement dans le legs. Le légataire n'a pas contracté avec le testateur qui ne s'est pas dessaisi ; le testateur n'a pu avoir contre lui une action coercitive, puisque la disposition est en suspens tant que le décès n'est pas arrivé. De deux choses l'une : ou il faut laisser l'ingratitude impunie, ou il faut charger les héritiers de la venger.

2203. Mais quel déni les héritiers auront-ils pour exercer l'action en révocation du legs pour cause d'hostilité ?

Il faut, à cet égard, distinguer s'il s'agit d'un fait s'adressant à la personne du testateur, ou d'injures graves adressées à sa mémoire. Ce dernier cas est prévu par l'art. 1047. L'autre n'est l'objet d'aucune disposition précise du Code Napoléon. Convenons par le cas qui a pour lui le texte et la clarté ; nous examinerons ensuite

celui que le silence de la loi rend plus difficile.

L'art. 1047 veut que l'action en révocation pour cause d'injures adressées à la mémoire du testateur soit intentée dans l'année, à compter du jour du délit. Dans ce cas, en effet, la révocation est fondée sur l'ingratitude du légataire, et notre article a dû se modeler sur les dispositions de l'art. 957 qui éteint, par une prescription annale, l'action révocatoire des héritiers pour cause d'ingratitude. La cause principale de cette prescription abrégée est la même que dans le cas de donation. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit d'une action pénale, laquelle, dans l'intérêt public, doit être promptement vidée [4].

On peut ajouter une autre raison que voici : l'héritier doit être prompt à venger la mémoire du défunt. C'est à lui qu'il appartient de faire punir une coupable ingratitude par la révocation de la disposition. Il doit donc remplir avec zèle ce pieux devoir imposé à la fois par la reconnaissance et par la nature. S'il tergiverse, s'il hésite, s'il laisse passer un espace de temps capable d'affaiblir le souvenir de l'atrocité de l'offense, il se montre lui-même négligent et ingrat, et la loi le punit de sa négligence, en le rendant non recevable dans l'action tendante à faire passer entre ses mains la chose léguée ; on présume qu'en agissant si tardivement, il est mu plutôt par un sentiment d'intérêt personnel pour profiter de la libéralité que par le devoir de venger la mémoire outragée de celui qu'il représente.

2204. Que s'il s'agit d'un fait d'hostilité s'adressant non à la mémoire, mais à la personne même du testateur, la question de savoir si la prescription est annale, ou si l'action a, au contraire, une durée ordinaire, est plus délicate, puisque le Code garde le silence sur la solution. Mais ce silence ne serait-il pas cependant un moyen de la décider ? Pourquoi l'art. 1046, qui renvoie aux art. 954 et 955 du Code Napoléon, ne renvoie-t-il pas aussi à l'art. 957 ? Pourquoi l'art. 1047 a-t-il pris soin d'établir une prescription annale semblable à celle de l'art. 957 pour révocation résultant d'injures posthumes ? Et pourquoi le législateur n'a-t-il pas étendu cette disposition aux faits d'animosité qui se sont produits pendant la vie du testateur ?

La réponse à ces questions se trouve dans la discussion du conseil d'État, où se révèle la preuve que, si le Code ne contient pas de disposition qui limite à un an l'action en révocation pour le cas qui nous occupe, c'est qu'il ne l'a pas voulu.

[1] Même arrêt.

[2] N° 1328.

[3] N° 1328, art. 957.

[4] Supra, n° 1323.

Le projet de Code contenait un article ainsi conçu :

« Si la demande est fondée sur le fait que le légataire était auteur ou complice de la mort du testateur, l'héritier doit la former dans l'année, à compter du jour du décès du testateur si la condamnation du légataire est antérieure, et à compter du jour de la condamnation si elle est postérieure au décès. »
 « Si elle est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur, elle doit être intentée dans l'année, à compter du jour du décès. » (Art. 125 du projet.)

Treilhard fit observer [1] « qu'il serait contre l'ordre de laisser un assassin jouir des dépoüilles de sa victime, par cela seul qu'il n'avait pas été recherché pendant un an. » A la suite de cette observation, Tronchet demanda « que l'action en déchéance contre le légataire eût la même durée que l'action en poursuite du crime qu'il a commis. » Là-dessus, le conseil retrancha la première partie de l'article, et n'en conserva que la deuxième partie, qui est devenue l'article 1047.

Que conclure de cette discussion ? n'est-il pas clair que l'action de l'héritier pour faits antérieurs au décès n'est pas limitée à un an ?

Il y a d'ailleurs un grave motif de différence entre la prescription de l'art. 1047 et celle qui s'applique aux faits prévus par l'article 1046. L'article 1047 ne s'occupe que d'un cas d'ingratitude : il sévit contre un méfait par une action véritablement pénale, et par conséquent de courte durée. Mais dans l'art. 1046 l'action n'est pas pénale ; elle est fondée sur le changement de volonté du testateur, sur une révocation remontant à ce dernier et produisant les mêmes effets que la déchirure du testament ou la révocation expresse. Par là, on se trouve ramené au droit commun ; c'est ce que le Code a compris, c'est ce qu'il a voulu.

Malgré ces raisons, un arrêt de la cour d'Amiens, du 16 juin 1821 [2], a décidé que l'action est éteinte par la prescription d'un an, et cette opinion est celle de plusieurs auteurs [3]. Nous la concevons jusqu'à un certain point, à cause de l'incertitude qu'une prescription trop prolongée peut faire peser sur la propriété : mais, en ce qui nous concerne, nous ne nous sentons pas le droit d'infirmer, par des raisons

plus ou moins spécieuses, la volonté du législateur, quand elle est aussi formellement déclarée par les auteurs mêmes de la loi.

2205. Quoi qu'il en soit, l'action des héritiers, fondée sur l'ingratitude résultant de faits s'adressant à la personne du testateur, ne serait pas recevable, s'il était établi que le testateur a pardonné [4]. Le pardon peut résulter de circonstances très-diverses [5] ; il peut être exprès ou implicite et tacite. C'est une question abandonnée à l'appréciation du juge.

2206. Après avoir traité, avec les art. 1046 et 1047, de la révocation des dispositions testamentaires pour inexécution des conditions et pour des faits d'inimie, nous rencontrons devant nous une question dont le Code ne s'occupe pas, mais qui, parce qu'elle se lie à la matière des révocations tacites, trouve ici une place naturelle. Nous voulons parler de la question de savoir si le testament, comme la donation, est révocable par survenance d'enfants.

Plusieurs cas peuvent se présenter : le testateur peut avoir fait un testament avant d'avoir des enfants, en avoir ensuite et n'avoir rien changé à sa disposition.

Il peut n'avoir d'enfants qu'après son décès, mais être décédé en ayant connaissance de la grossesse de sa femme.

Enfin son décès peut avoir lieu sans qu'il ait eu connaissance de la grossesse de sa femme, laquelle grossesse a été suivie de l'accouchement d'un posthume.

2207. Sur le premier point, il n'y avait point de difficulté dans l'ancien droit romain en ce qui touchait les testaments [6]. Nous avons vu que le testament ne pouvait avoir d'effet qu'autant qu'il contenait institution ou exhérédation nominative des enfants nés ou à naître. La naissance d'un enfant passée sous silence dans le testament le rompait donc nécessairement [7].

Il en est différemment dans les codicilles ; la même obligation d'instituer ou d'exhérer les enfants nés ou à naître n'existant pas, la survenance d'enfant n'opérait pas, dès lors, de révocation : Julien [8] cite le cas d'un enfant né après la confection d'un codicille et devenu l'héritier sien du testateur, et il décide que la naissance de cet enfant ne doit pas être regardée comme rompant le codicille. Il en était de même dans le testament militaire [9], lequel

[1] Fenet, t. XII, p. 402. Locré, t. XI, p. 260 et 261.

[2] Devill., 6, 2, 433.

[3] Delvincourt, t. II, p. 101, n° 11. Duranton, t. IX, n° 479.

[4] Suprà, n° 1325. Ulpieu, l. 4, D., *De adm. legat.* Pothier, *Pand., loc. cit.*, n° 3.

[5] Suprà, n° 1325. Duranton, t. IX, n° 977. Vazeille,

n° 7, sur l'art. 1046.

[6] Suprà, n° 739.

[7] *Instat.*, § 1, *De exhered. liberorum.*

[8] l. 3 princ., et § 1, D., *De jure codicill.*

[9] l. 9, C., *De test. milit.*, et Justinien, *Instat.*, *De exhered. liber.*, § 6.

n'était pas soumis aux rigueurs du droit civil.

Tel était, pour les testaments et codicilles (1), l'état de l'ancien droit. Justinien introduisit un changement important. Il voulut, par la novelle 115 (2), que la survénance d'enfant n'eût un effet révocatoire sur les dispositions testamentaires qu'autant que ces dispositions seraient universelles, et il laissa subsister les legs et autres dispositions à titre particulier contenues dans le testament, leur attribuant le même effet que les codicilles avaient autrefois.

Ces principes étaient suivis en pays de droit écrit et l'ordonnance de 1735, article 53, les mit à l'abri de toute difficulté (3).

Dans les pays coutumiers. La question était considérée à un autre point de vue. Ce n'étaient pas les idées du droit romain sur l'institution d'héritier qui pouvaient y exercer de l'influence, puisque l'institution d'héritier n'y avait pas lieu. Mais beaucoup de bons esprits s'attachaient à la loi *Si unquam* (4); et quoiqu'elle ne parût faite que pour les donations entre-vifs, elle leur semblait l'expression d'une vérité générale, en sorte qu'ils croyaient devoir l'appliquer aux dispositions testamentaires (5). Mais d'autres repoussaient cette assimilation; des arrêts ne l'avaient pas adoptée (6), et l'ordonnance de 1735, en gardant le silence sur la révocation des testaments par survénance d'enfants, lorsque l'ordonnance de 1731 avait été si explicite sur la révocation des donations pour la même cause, avait implicitement condamné l'extension que l'on faisait, avant elle, de la loi *Si unquam* à la matière des testaments (7).

Aujourd'hui c'est ce dernier sentiment qui doit être suivi. Les singularités du droit ro-

main sur l'institution d'héritier sont trop éloignées de la simplicité de notre jurisprudence pour être prises en considération. Quant à la loi *Si unquam* dont l'autorité avait entraîné quelques jurisconsultes des pays coutumiers, nous avons des textes qui la remplacent, et tout démontre que, dans leur pensée fondamentale, la survénance d'enfants ne révoque que les donations entre-vifs (8).

2206. Que si le testateur est décédé avant la naissance de son enfant, mais après avoir eu connaissance de la grossesse de sa femme et sans avoir révoqué son testament, doit-on décider de même?

La raison de douter, c'est qu'un testateur ne sait qu'imparfaitement ce que c'est que d'être père par l'espérance qu'il a de le devenir, et qu'il faut un objet présent et non éloigné ou incertain pour sentir jusqu'où peut aller l'affection paternelle (9).

Mais cette raison n'avait paru déterminante ni dans le droit romain ni dans l'ancienne jurisprudence. Du reste Doneau disait (10) : *Junge aliquot relietum codicillis ab eo qui liberis non habebat, deinde posthumum natum; placet nihilominus legata deberi ab intestato, ex lege 16, de intestato, D., de jura codicill.* (11).

De même l'ancienne jurisprudence n'admettait pas que la survénance d'un posthume dût nécessairement révoquer un testament. C'est ce qu'a décidé un arrêt du parlement de Paris du 4 juillet 1761 (12) en maintenant l'exécution du testament du sieur Laponplinière, fermier général, bien que sa femme fût accouchée quelques mois après son décès. Un arrêt du parlement de Rouen, du 20 décembre 1725, avait

(1) Quant aux donations à cause de mort, c'était une question fort délicate entre les interprètes que de savoir si elles devaient être assimilées aux codicilles, ou si, au contraire, elles étaient révoquées par la survénance d'enfants, comme la donation entre-vifs, par application de la loi *Si unquam* (voy. Furgole, *Donations*, quest. 12).

(2) Ch. 3 in fine.

(3) Furgole, eb. VIII, sect. 3, n° 45 et suiv. Merlin, *Répert.*, v° *Révo.* de testam., § 2.

(4) Ricard, part. 3, n° 621. Coquille sur Nivernais, tit. Des donat., art. 15.

(5) Domat, liv. 2, t. 1, sect. 5, n° 6 et 13. Bretonnier sur Henrys, liv. 5, quest. 100. Furgole sur l'ord. de 1731, quest. 13. Brillou, v° *Testament*, n° 195.

(6) Merlin, v° *Révocation de codicille*, § 3, cite plusieurs arrêts anciens.

(7) Il ne faudrait pas attacher beaucoup d'importance à celui du 23 juillet 1665 que rapporte Ricard : « Un testateur, après avoir fait son testament, avait eu un fils ; il avait assisté au baptême et avait retiré son testament des mains de l'exécuteur testamentaire ; « bientôt après il était mort. Les légataires demandèrent la délivrance de leurs legs ; mais la cour déclara « que le testament était révoqué et que les legs ples et « rémémoratoires devaient seuls être conservés. » (Loc. cit., n° 626.)

On voit qu'il y avait là des circonstances particulières qui indiquaient la volonté du testateur de révoquer son testament. Mais un arrêt du 7 janvier 1725, rendu sur les conclusions de l'avocat général Gilbert des Volains, rapporté par Merlin (*Répert.*, v° *Révo.* de codic., § 5), juge la question d'une manière précise dans le sens de la révocation.

Une sentence du Châtelet de Paris, du mois de septembre 1735, la résout dans le même sens (Merlin, loc. cit.).

Bretonnier (loc. cit.) résume ce point de droit : « Les testaments, dans les pays de coutume, sont révoqués « par le bénéfice de la loi *Si unquam*, suivant la jurisprudence des arrêts rapportés par Desmoulins, Laguerrière et Soëvre. »

(8) Merlin a très-bien exposé cet état de choses (*Répert.*, v° *Révo.* de codicille, § 5).

(9) Merlin, loc. cit.

(10) Merlin, *Répert.*, v° *Révo.* de testam., § 2. Montpellier, 20 avril 1842 (Devill., 1842, 2, 347).

(11) Bontarie sur l'art. 40 de l'ord. de 1731.

(12) Sur la loi *Si unquam*, C., *De révo.* de donat., n° 20.

(13) Paul, t. 16, D., *De jure codicill.* Nareellus, l. 19, D., *De jure codicill.*

(14) Demissir, v° *Révo.* de testam. Merlin, *Répert.*, v° *Révo.* de codic., § 5.

aussi jugé de même dans une espèce semblable [1]. Dans ces différents cas, il était établi que les testateurs avaient connu la grossesse de leurs femmes assez à temps pour pouvoir révoquer leurs testaments [2].

C'est cette opinion qu'on doit suivre aujourd'hui; elle a été adoptée par la jurisprudence [3]. On doit assimiler, en effet, la grossesse connue à la naissance. Elle suffit pour éveiller la tendresse du père et pour le déterminer à refaire son testament, s'il le juge convenable. Quand il ne le fait pas, il prouve qu'en acquérant la qualité de père, si chère du reste et si désirée, il n'a pas entendu renoncer aux autres affections de la nature.

2309. Arrivons à l'examen du troisième cas, et supposons que le testateur est décédé sans soupçonner la grossesse de sa femme, sans avoir pu, par conséquent, songer à révoquer son testament.

Ici se présente un autre ordre d'idées, et il est facile de comprendre que l'ignorance de la grossesse est un fait qui change entièrement le point de vue. La prétérition faite *scienter*, comme dans les cas précédents, est le résultat de la volonté souveraine du testateur. La prétérition faite *ignoranter* est le fruit de l'erreur, et l'erreur doit être réparée. C'est ce que décidaient, avec raison, les lois romaines [4]. Et, par exemple, Paul, dans la loi 36, § 2, D., *De test. militis* [5], se prononce pour la nullité des dernières dispositions d'un militaire qui, dans l'ignorance de la grossesse de sa femme, n'avait pas fait mention dans son testament de l'enfant qu'elle portait dans son sein : « *Miles in suprema mis ordinandis, ignarus uxorem esse pregnantem, centris non habuit mentionem: post mortem patris filia nata, ruptum esse testamentum apparuit, neque legata deberi.* »

L'ancienne jurisprudence française appliquait sans difficulté ces décisions fondées sur la nature des choses et sur la raison [6]. Seulement on peut remarquer, avec Maynard, que la pré-

somption d'ignorance ne s'admet pas facilement; car, dit-il [7], d'après Bartole [8], le testateur, qui est de bon âge et en état d'avoir des enfants avec une femme, n'est pas censé avoir prêté ignorance; il doit être, au contraire, présumé avoir pensé aux enfants pour l'avenir.

Voici, du reste, comment Pothier traite la question [9] :

« Si une personne faisait son testament, ignorant la grossesse de sa femme, le posthume qui naîtrait pourrait faire déclarer nul le testament de son père, non pas précisément à cause de la prétérition, qui n'est pas un vice dans nos testaments, mais par une conjecture de la volonté du testateur; on présume qu'il n'a fait les legs contenus dans son testament que parce qu'il croyait n'avoir point d'enfant, et qu'il ne les aurait pas faits s'il eût su qu'il lui en surviendrait. Cette présomption, fondée sur l'affection naturelle des parents pour leurs enfants, fait supposer dans le testateur une intention virtuelle de faire dépendre les legs qu'il a faits de la condition s'il montrait sa femme. »

Nous n'avons pas besoin d'insister beaucoup pour prouver que cette solution doit être adoptée sous le Code Napoléon. Le testament est, en effet, fondé sur une fausse cause qui a égaré la volonté du testateur; il ne peut donc subsister [10]. Il y a une parfaite analogie entre ce cas et celui que nous avons examiné ci-dessus [11] d'un père qui a fait une donation dans la fausse opinion de la mort de son fils. L'une et l'autre disposition doivent être annulées.

Vainement objecterait-on, avec quelques décisions judiciaires, le silence du Code. Le Code ne saurait avoir voulu qu'un testament, fondé sur l'erreur, conservât son existence; l'erreur, en toute matière, est une cause de nullité intrinsèque. Or, où pourrait-on trouver une erreur plus caractérisée et mieux faite pour détourner la volonté de ses tendances naturelles ?

[1] Bergler sur Ricard (Add. à la sect. 4 du ch. 5 *Des donat.*, part. 3).

[2] Ces deux arrêts ont été vainement attaqués en cassation devant l'ancien conseil d'Etat (Duranton, t. IX, n° 473).

[3] Metz, 30 mars 1816 (Devill., 5, 2, 122).

[4] Tertullianus, l. 33, § 2, D., *De testam. milit.* Marcellus, l. 19, D., *De jure codicill.*

[5] Junge t. X, C., *De testam. milit.*

[6] Brillon, *vo Testam.*, n° 195. Arrêt du parlement de Paris du 15 janvier 1688.

[7] T. t. liv. 5, ch. 12, n° 26.

[8] *In leg.* l. D., *De judic.*

[9] *Donat. testam.*, ch. 6, sect. 1.

[10] Douai, 30 janvier 1843 (Devill., 1843, 2, 78).
Junge Delvincourt, t. II, p. 787. Dalloz, *Dispos. entre-*

vifs, ch. 6, p. 171. Chabot, *Quæst. transi.*, *vo Testam.*, § 2, n° 2. Grenier, n° 341. Bayle-Mouillard sur Grenier, loc. cit. Vazeille, n° 6, sur l'article 1037. Nîmes, 17 février 1840 (Devill., 40, 2, 297). Limoges, 8 mars 1843 (Devill., 44, 2, 83).

Ce dernier arrêt, moins absolu que celui de Nîmes, semble admettre que la révocation pourrait être prononcée dans le cas d'un posthume dont le testateur aurait ignoré la conception, parce qu'alors il y aurait erreur, à la condition toutefois qu'il serait certain pour le juge que la connaissance de la conception et la prévision de la naissance auraient déterminé le testateur à changer de volonté.

Contrà : Toullier, t. V, n° 670. Duranton, t. IX, n° 474. Favard, *Répert.*, *vo Testam.*, sect. 5, § 2, n° 2.
[11] *Suprà*, n° 1378.

CHAPITRE SIXIÈME.

DES DISPOSITIONS PERMISES EN FAVEUR DES PETITS-ENFANTS DU DONATEUR
OU TESTATEUR, OU DES ENFANTS DE SES FRÈRES ET SOEURS.

SOMMAIRE.

2210. Considérations sur la substitution officieuse.

2210. Lorsque les rédacteurs du Code se déterminèrent à priver le père de famille de l'arme de l'exhérédation [1], ils sentirent le besoin de remplacer ce droit redoutable par quelque disposition qui conservât au pouvoir paternel la force qui lui est nécessaire pour se faire respecter. Ils donnèrent donc au père de famille le droit de priver de toute la portion disponible l'enfant dont il aurait à se plaindre [2]. C'est là une exhérédation mitigée, qui, sans doute, laisse au fils son entière légitime, mais qui pourtant le prive d'une part importante de l'hoirie paternelle.

Ils eurent un moment la pensée d'aller plus loin, et, lors de la discussion du titre *De la puissance paternelle*, il leur parut juste que le père de famille, témoin des penchants dissipateurs de son fils, pût étendre sur lui sa prévoyance tutélaire en le restreignant au simple usufruit même de sa légitime.

C'était là une sorte d'imitation de l'exhéréda-

tion officieuse, ou *bonâ mente*, qui se pratiquait dans l'ancienne jurisprudence et qui consistait à réduire le fils prodigue à des aliments en faisant passer les biens aux petits-fils. Cette exhérédation différait de l'exhérédation proprement dite, en ce qu'on la considérait moins comme une peine que comme une sage précaution d'un père voulant assurer la subsistance à son fils dissipateur [3].

Dans ce projet du Code, le fils prodigue n'était pas réduit à des aliments; il avait l'usufruit de toute sa portion héréditaire. Ce n'était donc pas une exhérédation. C'était une disposition limitative à laquelle ses auteurs donnaient le nom de disposition officieuse.

Pour que la volonté de l'aïeul eût son effet, il fallait qu'elle fût exprimée par testament, que la dissipation à laquelle se livrait le fils fût notoire, que la cause de la disposition fût spécialement désignée, qu'elle fût juste et encore subsistante à l'époque de la mort [4].

[1] Séance du 26 frimière an 3. Discussion au conseil d'Etat (Loché, t. VII, p. 17. Fenet, t. X, p. 482).

[2] *Supra*, n° 757.

[3] On prétendait que cette exhérédation était autorisée par la loi 16, § 2, au Dig., *De eorum furis*. Ce point faisait pourtant difficulté entre les auteurs. Furgole (*Des testam.*, ch. 8, sect. 2, n° 98) opposait à cette loi la loi 9, au Code, *De impuberib. et aliis solutis*, qui, tout en permettant au père et à la mère de substituer exemplairement, leur ordonnait néanmoins de laisser la légitime à leur fils inobéissant. D'ailleurs, selon lui, la novelle 18, ch. 3, dérogeait à la loi précitée *De eorum furis*, car elle voulait expressément que la légitime fût laissée en toute propriété et usufruit.

[4] Ch. 2 du tit. 1 du projet de loi sur la *Puissance paternelle* (*De la disposition officieuse*).

Art. 10. Quand un enfant se livra à une dissipation notoire, ses père et mère pourront léguer, par une disposition officieuse, aux descendants nés et à naître de

cet enfant, l'entière propriété de sa portion héréditaire, et réduire ce dernier au simple usufruit de cette portion.

Art. 11. La disposition officieuse ne pourra être faite que par acte testamentaire.

La cause devra y être spécialement exprimée; elle devra être juste et encore subsistante à l'époque de la mort du père ou de la mère disposants.

Art. 12. Les descendants de l'enfant dissipateur ne pourront, de son vivant, disposer de la propriété dont ils seront saisis en vertu de la disposition officieuse.

Art. 13. L'usufruit laissé à l'enfant dissipateur pourra être saisi par les créanciers qui lui auront fourni des aliments depuis sa jouissance.

Les autres créanciers, soit antérieurs, soit postérieurs à l'ouverture de cette jouissance, ne pourront saisir l'usufruit que dans le cas où il excéderait ce qui peut convenablement suffire à la subsistance de l'enfant dissipateur.

Art. 14. Les créanciers ne pourront attaquer la dis-

Ce système fut adopté dans les délibérations qui eurent lieu sur le titre *De la puissance paternelle* [1]. Mais on s'aperçut que les dispositions qui en étaient l'expression seraient mieux à leur place au titre *Des donations et testaments*, où il fut transporté par un ordre du premier consul [2].

Mais quand arrivèrent les discussions sur ce titre, on vit, dans la disposition officieuse, des inconvénients qui d'abord n'avaient pas assez frappé le conseil d'État. N'était-ce pas, en effet, permettre au père de proclamer son fils dissipateur? Comment avec cette note d'infamie pourrait-il se présenter pour les emplois publics? Comment obtiendrait-il la confiance dans les professions libérales et lucratives? Et puis le fils manquerait-il de moyens pour se faire relever par les tribunaux de cette imputation de dissipation quelquefois très-difficile à prouver, et n'ouvrirait-on pas une porte à de scandaleux débats [3]? Ne mettrait-on pas le fils aux prises avec la mémoire de son père et même avec ses propres enfants [4]? Enfin la réduction à l'usufruit de toute la portion héréditaire ne portait-elle pas atteinte à la réserve, dont l'intégrité est considérée par le Code comme inattaquable [5]? D'ailleurs, la faculté de donner un conseil au prodigue ne paraît-elle pas une garantie suffisante pour la conservation de sa fortune? Autrement, ne serait-ce pas cumuler les entraves et porter la rigueur jusqu'à l'injustice [6]?

Ces considérations amenèrent une profonde modification du projet.

On se borna à donner aux pères et mères qui croiraient avoir à se plaindre de leur fils, la faculté d'assurer à leurs petits-enfants la portion de biens dont la loi leur laisse la libre disposition, en grevant les fils de l'obligation de rendre ces biens à leurs enfants nés ou à naître au premier degré [7]. « Par ce moyen, disait Bigot de Prémeneu, la réserve légale reste intacte; la volonté du père ne s'applique qu'à des biens dont il est absolument le maître de disposer;

« elle ne peut être contestée ni compromise; elle « ne porte plus les caractères d'une peine con-
« tre l'enfant grevé de restitution; elle pourra
« s'appliquer à l'enfant dissipateur comme à
« celui qui déjà aura eu des revers de fortune,
« ou qui par son état y serait exposé [8]. »

Quoiqu'une pareille disposition présente évidemment une charge à conserver et de rendre, on évita de lui donner le nom de substitution, tant était grande alors la crainte qu'inspirait ce mot! Il est vrai que Bigot de Prémeneu s'est efforcé d'atténuer ce caractère [9]: « On voit, « dit-il, que la faculté accordée aux pères et
« mères de donner à un ou plusieurs de leurs
« enfants tout ou partie des biens disponibles,
« à la charge de les rendre aux petits-enfants,
« a si peu de rapport avec l'ancien régime des
« substitutions, qu'on ne lui en a pas même
« donné le nom. »... « Ainsi, cela est contraire
« aux anciennes substitutions, en ce que l'objet
« de la faculté donnée aux disposants n'est point
« de créer un ordre de succession et d'interver-
« tir les droits naturels de ceux que la loi eût
« appelés, mais plutôt de maintenir cet ordre
« et ces droits en faveur d'une génération qui
« en eût été privée. Dans les anciennes substi-
« tutions, c'était une branche qui était préférée
« à l'autre; dans la disposition nouvelle, c'est
« une branche menacée et que l'on veut con-
« server! »

Malgré ces raisons, on est forcé de reconnaître dans la disposition en question une véritable substitution. Sans doute, elle est assez strictement limitée; mais elle est pourtant absolument semblable aux anciennes substitutions dans les éléments constitutifs de ce genre de disposition [10].

Tel est, dans le Code Napoléon, le système qui organise le pouvoir coercitif du père de famille; système équitable et modéré qui concilie la sévérité et l'affection, et qui fait de la puissance paternelle un pouvoir protecteur et non un pouvoir tyrannique et redouté. Le père peut en

position officieuse qu'autant qu'elle aura été faite sans cause légitime ou exprimée.

Art. 15. Le père, constatant le mariage, ne pourra frapper l'enfant commun d'une disposition officieuse sans l'autorisation ou le consentement exprès de son mari.

[1] Loaré, t. VII, p. 3.

[2] Loaré, t. VII, p. 3.

[3] Le premier consul disait, à la séance du 7 pluviôse an xi: « Il y a même, entre la disposition officieuse et « la substitution telle qu'elle est proposée, une diffé-
« rence qui rend cette dernière préférable sous la rap-
« port de la moralité: c'est que les tribunaux peuvent
« quelquefois intervenir dans la disposition officieuse
« pour en apprécier les motifs, et avoir ainsi à pro-
« noncer entre le père et le fils, tandis que la substitu-
« tion n'est qu'une institution au deuxième degré qui

« n'a rien d'offensant pour le grevé et qui ne peut don-
« ner lieu à aucune discussion personnelle. » (Loaré,
t. XI, p. 99. Fenet, t. XII, p. 271.)

[4] *Exposé des motifs*, par Bigot de Prémeneu, du 2 floréal an xi (Fenet, t. XII, p. 362 et suiv. Loaré, t. XI, p. 409 et suiv.)

[5] Berlier, *discussion au conseil d'État*, séance du 7 pluviôse an xi (Fenet, t. XII, p. 274. Loaré, t. XI, p. 103). Bigot, *Exposé des motifs*, loc. cit.

[6] Berlier, loc. cit.

[7] Séance du 7 pluviôse an xi (Fenet, t. XII, p. 274. Loaré, t. XI, p. 103).

[8] Loaré, t. XI, p. 411, 412. Fenet, t. XII, p. 364.

[9] Fenet, t. XII, p. 363. Loaré, t. XI, p. 412.

[10] Toullier, t. V, n° 720. Malleville, t. II, p. 502. Grenier, n° 357.

lever à son fils la portion disponible. Mais c'est là un moyen extrême, une sorte d'*ultima ratio* devant lesquels la nature résiste quelquefois. Si le législateur n'eût autorisé la substitution officieuse dont nous nous occupons, le père se serait trouvé placé quelquefois en présence d'une punition qui lui aurait paru trop rigoureuse, et il aurait pu reculer devant son application, au risque de laisser affaiblir dans ses mains le respect qui lui est dû. La substitution officieuse vient à son secours et concilie la sévérité et l'indulgence; elle mitige le droit du père de priver son fils de la portion disponible. Elle est sans doute une sévérité en un sens; mais à un autre point de vue, elle est un tempérament et un adoucissement.

Quelques moralistes exagérés ont trouvé que

le Code Napoléon n'a pas armé le pouvoir paternel d'une coercition assez redoutable. Ils ont soutenu que jamais nation civilisée et amie des mœurs n'avait relâché, autant que nous, le frein du pouvoir des pères. Nous sommes d'un avis contraire, et nous louons le Code Napoléon d'avoir écarté un rigorisme qui nous ferait tristement remonter le cours des âges. Chaque siècle a ses mœurs, et le nôtre se révolterait avec raison contre des sévérités analogues à celles des premiers temps du droit romain. Rarement les pères de famille se servent des châtimens que la loi met entre leurs mains. La tendresse des pères hésite devant cet exercice rigoureux de la puissance paternelle; que serait-ce donc si l'on ressuscitait des pénalités outrées et condamnées par nos habitudes?

ARTICLE 1048.

Les biens dont les pères et mères ont la faculté de disposer pourront être par eux donnés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes entre-vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits donataires.

ARTICLE 1049.

Sera valable, en cas de mort sans enfants, la disposition que le défunt aura faite par acte entre-vifs ou testamentaire, au profit d'un ou plusieurs de ses frères ou sœurs, de tout ou partie des biens qui ne sont point réservés par la loi dans sa succession, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits frères ou sœurs donataires.

ARTICLE 1050.

Les dispositions permises par les deux articles précédents ne sont valables qu'autant que la charge de restitution sera au profit de tous les enfants nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe.

SOMMAIRE.

- 2211. Conditions exigées par le Code pour les substitutions officieuses.
- 2212. Lois du 17 mai 1826 et du 11 mai 1849.
- 2213. Quelles personnes ont le droit de substituer. — *Quid* de l'aïeul?
- 2214. Conditions auxquelles les frères et sœurs peuvent substituer.
- 2215. La condition de mort sans enfants est-elle remplie si l'enfant né après la donation n'existe plus ou décès du substituant.
- 2216. *Quid* si la substituant laisse un enfant naturel reconnu?
- 2217. Suite.
- 2218. Suite.
- 2219. *Quid* de l'enfant adoptif?
- 2220. *Quid* des enfants remonçans ou indignes?

- 2221. Des personnes en faveur desquelles peut être imposée la charge de rendre. — Des enfants à naître.
- 2222. Sens des mots *au premier degré*.
- 2223. La charge doit être faite au profit de tous les enfants sans exception.
- 2224. Il y aurait nullité si les enfants à naître n'étaient pas compris dans la disposition.
- 2225. Du reste, l'observation d'une seule des conditions prescrites par le Code entraîne la nullité de la disposition pour le tout.
- 2226. Au cas où la quotité disponible n'a été dépassée, la disposition est seulement réductible.
- 2227. La réserve doit rester intacte. — Conséquence dans le cas d'un prélegs fait à la condition de grever la réserve.

COMMENTAIRE.

2211. Ces articles règlent donc la matière des substitutions dites officieuses, introduites par une exception spéciale en considération d'intérêts de famille dignes de faveur et avec des ménagements qui enlèvent à ces dispositions les inconvénients ordinaires des substitutions [1].

D'abord, la substitution officieuse ne peut jamais porter que sur la quotité disponible. Il est de principe, en effet, que la réserve doit toujours demeurer intacte. Elle est affectée aux enfants par droit de nature et par une sorte de copropriété qui enlève au père de famille le droit d'en disposer à titre gratuit.

La substitution officieuse ne peut être pratiquée, 1° que par les pères et mères envers l'un ou plusieurs de leurs enfants; 2° que par les frères ou sœurs, qui ne laissent pas d'enfants à leur décès, envers l'un ou plusieurs de leurs frères ou sœurs.

En outre, ces dispositions ne peuvent avoir lieu qu'au profit des enfants nés et à naître du grevé; et elles doivent être faites indistinctement au profit de tous ces enfants, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe. La loi a ici en vue la descendance tout entière; elle ne souffre dans son sein ni omission ni inégalité. Elle appelle même les enfants à naître, quoique en général ils ne soient pas personnes capables [2].

Enfin, il faut que les appelés se trouvent au premier degré de parenté avec les grevés.

2212. Avant d'entrer dans l'examen plus détaillé de ces diverses conditions, remarquons combien la substitution officieuse est différente des substitutions autorisées par la loi du 17 mai 1826. Dans le système de cette dernière loi, il n'était pas nécessaire, pour faire une substitution de la portion disponible, d'être père, mère, frère ou sœur du donataire; le grevé ne devait pas nécessairement être parent du donateur, et l'on n'exigeait pas que tous les enfants nés ou à naître fussent appelés à la substitution indistinctement. Enfin, la substitution pouvait s'étendre jusqu'au deuxième degré inclusivement.

Cette loi n'était qu'un débris d'un projet de loi plus étendu qui avait pour but d'établir une

sorte de préciput légal en faveur de l'aîné des enfants. Par un renversement des principes posés par le Code Napoléon et puisés dans le droit naturel, ce projet, auquel le public donna le nom de loi du droit d'aînesse, érigeait l'inégalité entre enfants en règle fondamentale de la succession *ab intestat*; pour rentrer dans l'égalité, il fallait une volonté expresse du père de famille, cédant au cri de la nature. On sait que cette partie du projet fut rejetée par la chambre des pairs, après un très-vif mouvement de l'opinion publique qui se prononça énergiquement contre un retour à des idées tout à fait en dehors de nos mœurs modernes.

Il n'en resta donc qu'un seul article qui devint la loi du 17 mai 1826; c'était l'article qui avait trait aux substitutions; il était ainsi conçu :

« Les biens dont il est permis de disposer, « aux termes des articles 913, 914 et 915 du « Code civil, pourront être donnés en tout ou « en partie, par actes entre-vifs ou testamen- « taires, avec la charge de les rendre à un ou « plusieurs enfants du donataire, nés ou à na- « tre. Jusqu'au deuxième degré inclusivement. « Seront observés, pour l'exécution de cette dis- « position, les articles 1031 et suiv. du Code « civil jusques et y compris l'article 1074. »

Cette loi fut peu populaire. Les pères de famille en usèrent rarement [3], en sorte que la loi du 11 mai 1819, qui l'abrogea, n'occasionna pas un trouble sérieux dans les intérêts de la famille [4].

2213. Revenons maintenant aux dispositions édictées par le Code dans nos articles, lesquels, comme on le voit, ont échappé à ces variations de la législation.

Comme la substitution officieuse est une exception à la prohibition des substitutions en général, le droit de la créer ne saurait être étendu à des personnes autres que celles qui ont été désignées par le Code Napoléon.

Il suit de là que l'on ne peut étendre à l'aïeul le droit accordé à l'article 1048 au père et à la mère de faire une substitution [5].

[1] *Supra*, n° 172.

[2] *Supra*, n° 608, 609. *Infra*, n° 2340, 2321.

[3] *Supra*, n° 170, 171.

[4] Voici les articles de la loi du 11 mai 1819 qui ont prononcé cette abrogation :

« Art. 8. La loi du 17 mai 1826 sur les substitutions est abrogée.

« Art. 9. Les substitutions déjà établies sont mainte-

nues au profit de tous les appelés nés ou conçus lors de la promulgation de la présente loi.

« Lorsqu'une substitution sera recueillie par un ou plusieurs des appelés dont il vient d'être parlé, elle profitera à tous les autres appelés au même degré ou à leurs représentants, quelle que soit l'époque où leur existence aura commencé.

[5] Paris, 20 (Devil., 50, 2, 611. *Journal du Palais*, p. 274).

Ce point a paru cependant à quelques auteurs (1) faire difficulté, et sans tenir compte de cette expression « les pères ou mères » employée par l'art. 1048, ils se sont attachés à cette autre expression du même article, « leurs enfants », et ils y ont vu une raison de décider en faveur de l'aïeul. Ce mot enfants, ont-ils dit, se prend souvent en droit pour descendants (2). Pourquoi ne pas lui donner ce sens dans l'espèce? Car il n'y a pas de raison pour refuser à l'aïeul le droit concédé au père et à la mère.

Mais le vice de cette argumentation est palpable : au lieu de se décider par les paroles décisives, elle va prendre ses points d'appui dans les paroles équivoques. Elle ne voit pas, surtout, que le sens du mot enfants est limité par les mots les pères et mères. Et, en effet, la discussion au conseil d'État constate que l'intention du législateur a été de restreindre le droit de substitution officieuse au père ou à la mère. Car le tribunal ayant proposé d'ajouter aux mots « pères et mères, enfants, » ceux-ci : « et autres ascendants... descendants, » cette proposition fut rejetée (3).

2214. Le droit de substituer, ainsi que nous l'avons dit, appartient encore aux frères et sœurs du donataire ; mais pour que la disposition soit valable, il faut que le disposant meure sans enfants. Peu importe qu'à l'époque où il a fait la substitution, il eût des enfants, si ces enfants sont ensuite décédés avant lui. Ce que la loi exige pour la validité de la substitution, c'est que le disposant meure sans enfants.

2215. Si, la substitution étant faite par donation entre-vifs, il survient postérieurement un enfant au donateur, il ne faut pas croire que la mort de cet enfant, avant le donateur, fasse revivre la substitution révoquée de plein droit en vertu de l'art. 960 du Code Napoléon (4).

Il est vrai que le donateur remplit la condition exigée par notre article de mort sans enfants ; mais il meurt en ne laissant après lui qu'une libéralité révoquée et éteinte. D'ailleurs l'art. 1049 n'a point entendu faire exception au grand principe de la révocation de plein droit des donations pour survenance d'enfants (5).

2216. Mais que doit-on entendre ici par enfants? S'agit-il seulement des enfants légitimes? Faut-il annuler la disposition si le

disposant laisse un enfant naturel reconnu?

Pour résoudre cette question, supposons d'abord que la disposition a été faite par acte entre-vifs. Alors de deux choses l'une : ou la reconnaissance aura eu lieu postérieurement à la donation, ou bien cette reconnaissance était déjà un fait accompli au moment de l'acte de donation.

Dans le premier cas, la question peut se décider à l'aide des principes établis par le Code pour la révocation des donations pour survenance d'enfant. Nous avons vu plus haut (6) que la loi n'admet pas que la survenance d'un enfant naturel reconnu puisse révoquer une donation, et qu'elle n'attribue cet effet qu'à la naissance d'un enfant légitime, ou légitimé par mariage subséquent. Or, si l'enfant naturel reconnu n'est pas considéré comme enfant pour faire révoquer la donation du vivant du père, n'y aurait-il pas contradiction à prétendre qu'à sa mort l'enfant devra être considéré comme enfant capable de faire révoquer la donation? Comment pourrait-il se faire que la reconnaissance laissant subsister la disposition, fût une cause de nullité eu égard à la condition?

2217. Supposons maintenant que la reconnaissance soit antérieure à la donation ; nous arriverons à la même conclusion.

En effet, il est constant, en cette matière, que la survenance d'un enfant, postérieure à la donation, est un événement qui affecte cet acte plus profondément que l'existence d'un enfant né antérieurement. La reconnaissance de l'enfant, qui est ici l'équipollent de la naissance, n'ébranle pas la donation quand elle la suit ; elle doit à plus forte raison la laisser subsister quand elle la précède.

Cette solution se corrobore de la disposition de l'art. 2 du titre 1^{er} de l'ordonnance de 1747, qui permet de croire que la condition « sans enfants » ne s'entend pas en général des enfants naturels ; car, en parlant de la condition que le grevé vienne à décéder sans enfants, cet article dit « qu'il ne faut pas avoir égard à l'existence » des enfants naturels, même légitimés, autre-
« ment que par mariage subséquent. »

2218. Arrivons maintenant au cas où la disposition a été faite par testament. Il n'est pas possible que ce qui se peut faire par dona-

(1) Delvincourt, t. II, p. 616. Duranton, t. IX, n° 525. Vazeille, n° 3, sur l'art. 1048. Dalloz, Substitutions, sect. 2, art. 1, n° 2.

(2) Paul, t. 84, D., *De verb. signif.* C. Nap., art. 914.

(3) Feaut, t. XII, p. 464. Loc. cit. p. 329. Jugez Toullier, t. V, n° 725. Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° Substit., n° 145. — Rolland sur Grenier, t. III, n° 61. Chén-Delisle, t. I, art. 1048.

(4) Toullier, t. V, n° 797. Rolland de Villargues, *Répert. de Favard*, v° Substit., ch. 2, sect. 2, § 6, n° 17.

(5) Delvincourt, t. II, p. 339. Grenier, n° 360. Duranton, t. IX, n° 527 et 528. Vazeille, n° 2, sur l'article 1049. Chén-Delisle, n° 8, sur les art. 1048, 1049, 1050. *Supra*, n° 1364 et suiv.

(6) Art. 960, n° 1372, 1369.

tion soit défendu par la voie du testament. Le législateur a entendu parler d'une filiation légitime (comme le prouve, du reste, l'ordonnance précitée), et il n'y a qu'une descendance fondée sur le mariage qui puisse enlever au père de famille le droit écrit dans notre article.

2219. Ce que nous disons de l'enfant naturel reconnu, nous l'appliquons à l'enfant adoptif. A la vérité, l'article 330 du Code Napoléon accorde au fils adoptif, sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits que ceux qu'il aurait l'enfant né en mariage. Mais il faut remarquer qu'il ne s'agit pas, dans l'art. 1049, de régler des droits successifs. Ce texte ne fait que régler les conditions de validité d'une disposition à titre gratuit. Toute la question est donc de savoir si la filiation conventionnelle et fictive de l'adopté crée un enfant dans le sens de l'art. 1049.

Lorsque nous avons examiné une question analogue dans notre commentaire de l'art. 960, la question de savoir si l'adoption révoquait les donations faites par l'adoptant, nous l'avons résolue contre l'adopté, et nous nous sommes déterminé par des motifs qui peuvent être invoqués ici, à savoir que l'adoption est une fiction, qu'elle procède de la volonté de l'homme, et qu'on ne saurait lui attribuer des droits exceptionnels qui proviennent de la nature, de la conception et du mariage [1].

2220. On ne doit pas considérer comme mort sans enfants le disposant qui laisse des enfants qui renoncent à la succession, ou qui en sont privés pour raison d'indignité. Ce point est trop clair pour avoir besoin de plus amples explications [2].

2221. Occupons nous maintenant des personnes en faveur desquelles peut être imposée la charge de rendre.

La loi dit dans les art. 1018 et 1019 : « Avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, des » donataires. » Ici se fait remarquer une singularité. C'est que les enfants à naître sont appelés aussi bien que les enfants nés du grevé. En principe, cependant, les enfants à naître sont incapables ; car la première condition pour recevoir une libéralité, c'est d'être né ou conçu [3]. Mais la matière de la substitution officieuse commandait cette exception au droit commun. Le législateur qui a en vue l'intérêt de la fa-

mille, et qui veut maintenir l'égalité entre enfants, aurait manqué son but si les enfants à naître n'eussent eu des droits aussi étendus que ceux des enfants déjà nés au moment de la libéralité ; ils ont donc une capacité que notre article a sagement reconnue.

2222. Ces expressions de notre article : « au premier degré seulement » ont été diversement interprétées.

Il ne faut pas croire, comme Delvincourt [4], que ces mots : « au premier degré » signifient au premier degré de substitution, avec un seul degré de substitution, quel que soit, du reste, entre les appelés, le degré de parenté. Les mots « au premier degré des donataires » indiquent qu'il ne s'agit là que d'un degré de parenté et non d'un degré de substitution.

L'erreur ne serait pas moindre si l'on prétendait, avec quelques auteurs [5], que le premier degré de parenté est ici le degré le plus proche, c'est-à-dire celui qu'aucun autre ne précède [6]. Quelle serait en effet la conséquence de cette opinion ? C'est que le fils gratifié, qui a perdu son fils unique et qui a des petits-enfants, pourrait être chargé de rendre les biens donnés à ses petits-enfants, qui, étant vis-à-vis de lui au degré le plus proche, se trouvent ainsi au premier degré. Il en résulterait que les petits-enfants au deuxième, ou même au troisième degré, pourraient ainsi être appelés à bénéficier de la substitution.

Il suffit d'énoncer ces résultats, et de les combiner avec notre texte pour en apercevoir l'illégitimité. Le sens naturel des mots « au premier degré » est « à la première génération. » En effet, les enfants nés ou à naître au premier degré du donataire ne sont-ils pas par rapport à ce donataire les enfants de la première génération ? Ce qui achève, du reste, de faire disparaître à cet égard toute espèce de doute, c'est la signification non équivoque que l'art. 1031 donne aux mots « premier degré » quand il oppose les enfants du premier degré aux descendants d'un enfant prédécédé [7].

2223. Il ne suffit pas que les enfants nés ou à naître du donataire, appelés à recevoir la substitution, soient au premier degré. Il faut de plus que la charge de restitution soit faite au profit de tous, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe. Le législateur n'a voulu rien qui ressemblât aux anciennes substitutions ; il

[1] *Suprà*, n° 1373.

[2] Cois-Delisle, n° 10, sur les art. 1048 et suiv. *Contrà* : Vazeille, n° 4, sur l'art. 1049.

[3] *Infra*, n° 2341. *Suprà*, n° 608, 609, art. 906 du C. Nap.

[4] Note 6, sur la p. 104.

[5] Noleville sur l'art. 1031. Duranton, t. IX, n° 536. Vazeille sur l'art. 1048, n° 4.

[6] Paul, t. 92, D. De verb. signif.

[7] Toullier, t. V, n° 726. Cois-Delisle, n° 4, sur les art. 1048 et suiv.

n'admet ni exclusion des cadets et des filles, ni préférence agnatique. L'égalité est la règle dont il ne se départit pas.

2224. Il y a plus : si le disposant avait, soit explicitement, soit implicitement exclu les enfants à naître, la disposition serait nulle, alors même que le donataire grevé n'aurait pas laissé d'autres enfants que ceux qui existaient au moment de l'acte. C'est ce qu'a jugé la cour de Bruxelles, le 14 juillet 1808 [1], dans une espèce où le testateur avait institué l'un de ses fils son héritier universel, « à la charge par lui... »
« de ne point aliéner les biens-fonds de la succession, et de les laisser à ses deux enfants. » En limitant à ses deux enfants seulement la restitution, le testateur avait nécessairement exclu les enfants à naître.

• Mais il faudrait être moins rigoureux si la clause, dans sa généralité, pouvait raisonnablement embrasser les enfants nés et à naître. C'est ce que prouve un arrêt du 31 mars 1807 [2] de la cour de cassation dans une espèce où elle avait à statuer sur cette clause : « Je donne à mon fils à charge de rendre à mes petits-enfants issus de lui. »

2225. Telles sont les conditions tracées par le Code Napoléon, pour que les substitutions qu'il permet de faire soient efficaces. L'observation de ces conditions devrait avoir pour effet d'annuler la disposition pour le tout. La substitution, en effet, ne serait plus celle que la loi autorise : ce serait une substitution prohibée, rentrant sous le coup de l'art. 896 [3].

La cour de cassation, par arrêt du 27 juin 1811 [4], l'a ainsi jugé dans les circonstances suivantes :

Un sieur Joseph Drion avait fait un testament par lequel il instituait son frère François Drion son légataire universel, à la charge 1^{re}..... 2^{de} d'employer l'argent de la succession à acheter des immeubles qu'il devrait laisser par moitié aux enfants qu'il aurait à son décès d'une part, et d'autre part aux enfants du sieur Adrien Drion leur frère commun.

D'autres frères et sœurs attaquèrent ce testament comme contraire à l'art. 896 du Code, qui prohibe les substitutions.

François Drion répondit que les dispositions du testament étaient conformes à l'art. 1049 du Code, sauf dans la partie concernant les enfants de son frère Adrien Drion ; que cette disposition particulière pouvait être déclarée nulle, mais que le surplus devait être maintenu.

La cour de Bruxelles [5] avait admis sur ce point ce moyen ; elle avait jugé que la deuxième substitution fidéicommissaire, nulle au profit des enfants d'Adrien Drion, n'en était pas moins valable au profit des enfants du grevé. Mais la cour de cassation cassa cet arrêt par ce motif que les enfants d'Adrien Drion n'étaient point les enfants du donataire ; que la substitution leur était commune avec les enfants de celui-ci, et que, dès lors, cette substitution se trouvait hors du cas de l'article 1049, retombait pour le tout sous la prohibition de l'article 896, etc., etc. [6].

2226. Toutefois si la disposition n'était atteinte que pour avoir dépassé la mesure de la quotité disponible, il ne faudrait pas en conclure qu'elle serait nulle. Elle serait seulement réductible comme toutes les autres donations qui empiètent sur la réserve légale. L'art. 920 seul serait applicable ici, et non l'art. 896 [7].

2227. Nous disions tout à l'heure que la réserve ne saurait être affectée par la substitution officieuse [8].

Quelques jurisconsultes [9] ont imaginé cependant un moyen d'arriver à ce résultat ; ils posent l'hypothèse d'un père qui ferait à son fils un prélegs, sous la condition que non-seulement ce prélegs, mais la totalité de sa part héréditaire seraient grevés de la charge de restitution, et ils prétendent que le fils qui aurait accepté le prélegs serait tenu d'accepter le fidéicommiss. Leur raison c'est que le fils a la libre disposition de sa légitime et qu'en acceptant le legs fait avec charge de la rendre, c'est lui-même qui en dispose.

Mais cette opinion n'est pas soutenable ; elle ne tend à rien moins qu'à porter atteinte à la réserve et à faire renaitre des abus condamnés par le Code Napoléon ; elle serait un piège pour le fils gratifié qui accepterait le legs ; elle offrirait un appât captieux à la violation de la loi.

[1] Devill., 3, 1, 371.

[2] Devill., 3, 1, 366. Voy. aussi Greuier, n° 360.

[3] Dalloz, loc. cit., n° 9. Vazeille, n° 5, sur l'article 1049. Coin-Delisle, n° 16, sur les arts. 1048 et suiv.

[4] Devill., 3, 1, 371. *Journal du Palais*, t. IX, p. 422.

[5] Devill., loc. cit. *Journal du Palais*, loc. cit.

[6] Jange Merlin, *Répert.*, v° *Subst. fidéicommiss.*, sect. 1, § 14, n° 3. Rolland de Villargues, *Répert. Favard*, v° *Subst.*, ch. 2, sect. 2, § 1, n° 13, 14. Duranton, t. IX, n° 524. Vazeille, n° 5, sur l'art. 1049. Cour

de Paris, 14 juin 1836 (Dalloz, 26, 2, 123).

[7] Duranton, t. IX, n° 533.

[8] *Supra*, n° 2210.

[9] Merlin, *Répert.*, v° *Peine testam.*, n° 7. Delvincourt, t. II, p. 100, note 2. Dalloz, v° *Subst.*, loc. cit., n° 15. Toullier, t. V, n° 754. Jange vo arrêt du parlement de Paris, du 25 août 1662, rapporté par Merlin, loc. cit. Lebrun (*Des success.*, l. 2, ch. 3, sect. 4, n° 2 à 13) enseigne cette opinion, que l'on ne peut soutenir que la légitime est grevée, lorsque l'on donne au fils le choix de son legs ou de sa pleine légitime.

Apposer à un legs une condition qui porte atteinte à la réserve, c'est imposer une condition illégale : car la défense, faite par les articles 1018 et 1049, de substituer les biens ré-

servés, est une défense de droit public, et il n'y a pas de moyen détourné qui puisse militer contre elle [1].

ARTICLE 1031.

Si, dans les cas ci-dessus, le grevé de restitution au profit de ses enfants meurt, laissant des enfants au premier degré et des descendants d'un enfant prédécédé, ces derniers recueilleront, par représentation, la portion de l'enfant prédécédé.

SOMMAIRE.

2228. Cas dans lequel la représentation est autorisée dans les substitutions.

2229. De l'ancien droit sur ce point.

COMMENTAIRE.

2228. La substitution officieuse a été particulièrement admise pour procurer, aux enfants du grevé, une succession qui pouvait se perdre ou s'amoindrir en passant par les mains de ce dernier. La loi a donc voulu que cette succession leur arrivât avec les mêmes avantages que si elle leur fut ébue en vertu de la disposition de la loi. Déjà nous avons vu une première preuve de cette idée dans l'article qui veut que tous les enfants soient appelés sans préférence ni différence et avec une entière égalité. En voici une seconde : notre article veut que si parmi les enfants appelés il y en a un qui meurt avant l'ouverture de la substitution, ses enfants prennent sa place par droit de représentation, absolument comme dans le cas de succession légitime ; s'il en eût été autrement, l'appelé à la substitution qui aurait survécu au grevé, aurait écarté les descendants de son frère prédécédé ; il se serait enrichi au détriment des enfants de son frère, et l'égalité eût été profondément blessée.

2229. Cette disposition de notre article est très-remarquable. En effet, en matière de dis-

position testamentaire, et par conséquent en matière de substitution, la représentation n'est pas admise de droit. Si le gratifié décède avant le disposant, la libéralité est caduque (article 1039) [2] ; car les libéralités sont personnelles. Le légataire doit recueillir, et s'il décède avant d'avoir recueilli, il ne transmet pas à ses héritiers l'espérance de son droit. C'est ce qu'avait décidé l'ordonnance de 1747 [3]. En cela elle était conforme aux vrais principes.

Elle faisait cependant une exception : l'article 21 du titre 1^{er} admettait la représentation, soit lorsque le testateur avait ordonné expressément qu'elle aurait lieu, soit lorsqu'il avait déclaré que la substitution serait déferée suivant l'ordre des successions légitimes [4].

Or, l'esprit de la substitution officieuse est précisément que la portion disponible ne soit qu'un dépôt entre les mains du grevé, et qu'elle soit déferée suivant l'ordre de la succession légitime. Notre article ne fait donc que se conformer aux idées consacrées par l'ordonnance de 1747, en sous-entendant le droit de repré-

[1] Ricard (*Donat.*, part. 3, n^{os} 1128 et suiv.) cite, à l'appui de cette opinion qu'il soutient, la loi 32, au Code, *De instum. testam.*, ainsi énoncée : « ... Hoc in presentem addendum esse censuimus, ut si conditionibus quibusdam vel dilationibus, vel aliqua dispositione morum vel modum vel aliud gravamen introducente, eorum jura qui ad memoriam actionem vocabantur, minuta esse viderentur ; ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio, morum vel quodcumque onus introducens tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamentis additum esset. » *Infra*, n^o 2232.

[2] *Supra*, n^o 2121.

[3] T. I, art. 20 : « Ceux qui sont appelés à une substitution, et dont le droit n'aura pas été ouvert avant leur décès, ne pourront, en aucun cas, être censés en

avoir transmis l'espérance à leurs enfants et descendants, en sorte que la substitution soit faite en ligne directe par les ascendans, et qu'il y ait d'autres substitués appelés à la même substitution, après ceux qui seront décédés, et leurs enfants ou descendants. »

[4] T. I, art. 21 : « La représentation n'aura point lieu dans les substitutions, soit en directe ou en collatérale, et soit que ceux en faveur de qui la substitution aura été faite y aient été appelés collectivement ou qu'ils aient été désignés en particulier, et nommés suivant l'ordre de la parenté qu'ils avaient avec l'auteur de la substitution ; le tout à moins qu'il n'ait ordonné, par une disposition expresse, que la représentation y aurait lieu, ou que la substitution serait déferée suivant l'ordre des successions légitimes. »

sensation dans la substitution officieuse. Le but tout spécial de cette disposition la met dans le cas exceptionnel prévu par l'ordonnance; il dispense le testateur de dire expressément ce qu'il

était nécessaire qu'il déclarât hautement dans le système des anciennes substitutions tout à fait contraire à l'égalité et destructif des règles de la succession légitime.

ARTICLE 1052.

Si l'enfant, le frère ou la sœur, auxquels des biens auraient été donnés par acte entre-vifs, sans charge de restitution, acceptent une nouvelle libéralité faite par acte entre-vifs ou testamentaire, sous la condition que les biens précédemment donnés demeureront grevés de cette charge, il ne leur est plus permis de diviser les deux dispositions faites à leur profit, et de renoncer à la seconde pour s'en tenir à la première, quand même ils offriraient de rendre les biens compris dans la seconde disposition.

SOMMAIRE.

2250. Explication de cet article.

2251. Pourquoi la loi a exigé que la charge de restitution ne pût être imposée à une ancienne donation que par une nouvelle libéralité.

2252. Cette charge de restituer serait réductible si elle emportait la réserve.

2253. Qu'il si la deuxième libéralité, étant faite par testament, a été acceptée par le donataire,

après que l'inventaire a constaté qu'elle porte atteinte à la réserve?

2254. Qu'il notamment si le testateur a exprimé la pensée de faire porter la substitution sur la réserve même?

2255. Droit des tiers lorsque la charge de restitution a été imposée après coup.

COMMENTAIRE.

2250. Cet article est la reproduction presque textuelle de l'art. 16 du tit. 1^{er} de l'ordonnance de 1747 [1].

Voici le cas qu'il a en vue.

Primus donne à Secundus, son fils aîné, par donation entre-vifs du 11 janvier 1848, faite purement et simplement, tels et tels biens formant la moitié de la portion disponible; puis, par nouvelle donation du 29 novembre 1851, il lui donne le reste de la portion disponible à condition qu'il conservera et rendra à ses enfants nés et à naître la totalité des biens, tant ceux donnés le 11 janvier 1848 que ceux donnés le 29 novembre 1851. Si Secundus accepte cette seconde donation, la première libéralité perd son caractère primitif de donation pure et simple. Le consentement des parties intéressées apporte dans la situation du donataire une modification grave qu'il est obligé de respecter; car sa renonciation à un avantage dont il était saisi a eu un prix dans la deuxième donation,

et le principe de l'irrévocabilité des donations n'éprouve aucune atteinte : « *Volenti non fit injuria* [2]. » Il ne peut donc, après son acceptation, ni diviser les deux donations, ni renoncer à la seconde pour se tenir à la première; son engagement est absolu, il doit le remplir.

Peu importe, du reste, que cette deuxième libéralité soit faite par donation ou par testament, qu'elle soit considérable, ou qu'elle soit minime!

2251. Remarquons, en outre, qu'il est bien entendu que la substitution officieuse ne peut être imposée après coup à une donation pure et simple, qu'autant que le grevé reçoit une libéralité nouvelle pour indemnité de ce sacrifice. Autrement la substitution manquerait de base; le donateur disposerait de choses qui ne lui appartiennent plus, puisqu'il s'en est dessaisi irrévocablement. Le donataire donnerait un consentement sans cause. Il serait censé avoir cédé à des importunités.

[1] N'entendons rien innover, par les art. 13, 14 et 15, en ce qui concerne les dispositions par lesquelles le donateur ferait une nouvelle libéralité au donataire, soit entre-vifs ou à cause de mort, à condition que les biens qu'il lui avait précédemment donnés demeureraient chargés de substitution; et, en cas que ledit donataire accepte la nouvelle libéralité faite sous ladite condition, il ne lui sera plus permis de diviser les deux disposi-

tions faites à son profit, et de renoncer à la deuxième pour s'en tenir à la première, quand même il offrirait de rendre les biens compris dans la deuxième, avec les fruits par lui perçus.

[2] Papinien, l. 70, § 1 in fine, D., De legat., 2^o : « Non est audiendus legatarius, legato percepto si velit » compariare. » Furgole sur l'art. 16 du tit. 1^{er} de l'ordonnance.

2232. Si, par suite de l'acceptation de la charge de restituer les biens qu'il a reçus précédemment, le donataire voyait sa réserve entamée par la substitution officieuse, son acceptation ne tiendrait que jusqu'à concurrence de la portion disponible; elle n'aurait aucun effet sur la réserve qui doit toujours rester intacte.

Primus donne, par acte entre-vifs du 11 janvier 1818, à Secundus, son fils aîné, tel immeuble faisant partie de la portion disponible; le 29 novembre 1851, il fait une seconde donation d'un autre immeuble, sous la condition que les deux libéralités seront conservées et rendues aux enfants nés et à naître du donataire. Cette donation est acceptée. Mais au décès du donateur, il est constaté par l'importance de la succession que la quotité disponible a été dépassée, dans la fausse supposition d'un actif qui a disparu. Secundus obligé, en conséquence, de prendre sa réserve sur une portion des biens substitués, la retirera franche et libre jusqu'à due concurrence. D'une part, le donateur n'a pas eu la pensée de toucher aux légitimes; il n'a voulu faire que ce que la loi l'autorisait à faire: de l'autre, le donataire n'a pas accepté pour entamer sa réserve. Dans tous les cas, la réserve étant une partie de la succession future, n'a pu être l'objet à l'avance d'aucune convention valable (1).

2233. Maintenant, supposons que la deuxième

libéralité est faite par testament, et que Secundus accepte le legs, après que l'inventaire de la succession aura constaté l'excédant des libéralités. Nous disons que, même dans ce cas, la réserve reste affranchie. Pourquoi? Parce que le donateur, en faisant une substitution officieuse, n'a pu songer à affecter la réserve qui, d'après la loi, ne saurait en être atteinte; parce qu'en acceptant sa libéralité le donataire l'a entendue dans le même sens que lui. Le grevé n'a pu vouloir ce que le défunt n'a pas voulu, et ce que la loi veut encore moins (2).

2234. Que si le testateur, se mettant au-dessus de la loi au moment où il use de son bénéfice, avait exprimé la pensée illégale de faire tomber la réserve sous le coup de la substitution, le légataire serait fondé à faire déclarer non écrite une condition contraire aux lois et à l'ordre public; ou, du moins, la disposition ne vaudrait que jusqu'à concurrence de la portion disponible (3).

2235. Quant aux tiers, il est évident que la charge de restitution, imposée après coup à des biens compris dans une précédente donation, ne pourrait leur préjudicier. Ainsi, les créanciers du donataire qui auraient acquis des droits sur les biens donnés avant qu'ils fussent grevés de substitution, pourraient toujours exercer leurs droits sur ces biens par préférence aux appelés.

ARTICLE 1053.

Les droits des appelés seront ouverts à l'époque où, par quelque cause que ce soit, la jouissance de l'enfant, du frère ou de la sœur, grevés de restitution, cessera: l'abandon anticipé de la jouissance au profit des appelés ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon.

SOMMAIRE.

- 2236. De l'ouverture du droit des appelés.
- 2237. Différence entre le grevé et l'usufruitier quant à la jouissance. — La propriété du grevé est une propriété résoluble.
- 2238. Causes involontaires de cessation de jouissance du grevé donnant ouverture au droit des appelés.
- 2239. Du cas de survenance d'enfant.
- 2240. *Quid* si la jouissance du grevé cesse par la révocation de la donation?
- 2241. La donation est révocable pour les mêmes causes à l'égard des appelés qu'à l'égard des grevés.

- 2242. L'enfant qui nait postérieurement à l'ouverture du droit des appelés ne saurait être exclu de la substitution.
- 2243. Hors le cas de naissance d'un appelé, les droits des appelés restent fixés à ce qu'ils étaient au moment de l'ouverture.
- 2244. De la cassation de jouissance du grevé par la volonté du grevé. — De l'abandon anticipé.
- 2245. Effet de cet abandon à l'égard des créanciers du grevé.
- 2246. De l'ouverture du droit des appelés dans le cas de caducité de la disposition faite au grevé.

[1] Coin-Delisle, n° 2, sur l'art. 1052. Vazeille, n° 1, sur l'art. 1052. Contrà : Toullier, t. V, n° 732. Grocier, n° 364. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 128 et suiv. (note d'Ancelet).

[2] Note d'Ancelet sur Grenier, n° 364 (t. III, édit.

Bayle-Mouillard, p. 128). Contrà : Coin-Delisle, loc. cit.

[3] Duranton, t. IX, n° 332 et 333. Contrà : Delvincourt, t. II, p. 100, note 3. Rulland de Villargues, loc. cit., note 16. Toullier, t. V, n° 734. Dalloz, v° Substitution, sect. 2, art. 2, n° 13, 16, 17. Supra, n° 2223.

2237. Du prédécès, de l'incapacité et de la réposition du grevé quand il s'agit d'une disposition testamentaire.

2238. Des mêmes causes dans le cas de donation.

2239. Les créanciers du grevé peuvent-ils attaquer une reconnaissance qui leur préjudicie?

COMMENTAIRE.

2236. Cet article a trait à l'ouverture du droit des appelés; il veut que ce droit s'ouvre lorsque la jouissance du grevé cesse par quelque cause que ce soit.

2237. Remarquons d'abord que cette jouissance du grevé qui va faire place à l'entrée en possession des appelés, ne s'entend pas dans le même sens que la jouissance accordée à l'usufruitier. Le grevé de substitution a beaucoup de rapports, il est vrai, avec l'usufruitier; ainsi, il supporte toutes les dépenses qui sont charges de fruits, et s'il survient de grosses réparations, elles doivent être remboursées lors de l'ouverture du droit des appelés (1). Mais, à la différence de l'usufruitier, il est réellement propriétaire des biens grevés. Ainsi, il peut vendre les biens grevés; et, comme nous l'avons établi dans notre *Commentaire de la vente* (2), la vente ainsi faite n'est pas nulle, elle est seulement résoluble (3). Il en serait de même de l'hypothèque qui aurait été conférée par le grevé sur les biens substitués.

2238. Les causes qui font cesser la jouissance du grevé sont involontaires ou volontaires. Les causes involontaires sont les suivantes :

La mort naturelle (4).

L'indignité,

L'ingratitude,

L'inexécution des conditions,

L'observation des art. 1036 et 1037,

La survenance d'enfants.

Dans tous ces cas, excepté dans le dernier, la cessation de jouissance du grevé emporte l'ouverture du droit des appelés. C'est ce qui résulte formellement des termes de notre article, qui veut que ces droits soient ouverts à l'époque où, pour quelque cause que ce soit, la jouissance du grevé de restitution cessera.

2239. Nous disons que le cas de survenance d'enfants fait exception à cette règle, en sorte que, loin de donner ouverture au droit des appelés, elle le fait tomber avec la disposition. Et, en effet, le droit de faire une substitution

officieuse à un collatéral est subordonné à la condition que le donateur n'aura pas ultérieurement d'enfants. La survenance d'un enfant enlève à la libéralité sa cause, sa raison d'être et la vicie dans son essence.

2240. Quant aux autres cas, même dans le cas de résolution, la règle de notre article subsiste dans sa généralité.

On a prétendu, cependant, que lorsque la jouissance du grevé cesse par la révocation de la donation, ou pour ingratitude, ou pour inexécution de conditions, les biens doivent retourner au donateur, sauf à celui-ci à restituer les biens aux appelés, dans le cas où ceux-ci survivraient au grevé, de telle sorte que ce droit des appelés serait ouvert seulement quant à la propriété, mais non quant aux fruits.

La loi ne fait point de pareille distinction. Lors donc que le donateur, auquel seul appartient le droit d'exercer dans ce cas l'action en révocation, aura fait déclarer la donation révoquée, ce ne sera pas par lui, mais aux appelés que les biens seront dévolus.

Toutefois, si les appelés étaient encore à naître, comme aucune dévolution ne pourrait avoir lieu, les biens grevés retourneraient provisoirement au donateur.

2241. Bien entendu, du reste, que si les appelés ne remplissaient pas les conditions de la donation, ou se rendaient coupables d'ingratitude, le donateur aurait contre eux la même action que contre le grevé.

2242. Mais voici une question plus grave :

Supposons que le grevé ayant été privé de sa jouissance par une action résolutoire, il lui survienne un nouvel enfant depuis la dévolution faite à ses autres enfants appelés... Cet enfant ne pourra-t-il rien réclamer, sous prétexte que les droits des appelés ont été définitivement ouverts et réglés avant sa naissance? Il faut répondre qu'il aura le droit de prendre part, comme les autres, à la substitution. Comment, en effet, justifier son exclusion, en présence du

(1) Toullier, t. V, nos 774, 775. — Il serait même fondé, s'il ne pouvait ou ne voulait faire l'avance des frais de grosses réparations, à se faire autoriser par justice, contrairement avec le tuteur à la substitution, à faire à cet effet un emprunt à la charge des appelés.

(2) T. I, n° 212.

(3) Paris, 25 juillet 1830 (Devill., 1830, 2, 439).

(4) La mort civile, avant la loi du 31 mai 1834 qui l'a abrogée, était aussi considérée comme faisant cesser

la jouissance du grevé, puisque, comme la mort naturelle, elle avait pour effet d'enlever au grevé tous ses biens et d'ouvrir sa succession au profit de ses héritiers (art. 25 du C. Nap.). L'incapacité, qui a remplacé la mort civile, et qui se borne à défendre au condamné à une peine afflictive perpétuelle de disposer ou de recevoir à titre gratuit, n'a point pour effet de faire cesser la jouissance du grevé, lorsqu'elle a déjà commencé avant le condamnement.

principe qui veut que la substitution ne puisse s'opérer qu'au profit de tous les enfants nés ou à naître du donataire? Il est vrai que l'article 1033, en disant que le droit des appelés sera ouvert à l'époque où, pour quelque cause que ce soit, la jouissance du grevé cessera, paraît avoir voulu attribuer un droit définitif et exclusif aux appelés existants à cette époque. Mais il faut bien remarquer que par ces mots « les appelés », la loi a nécessairement entendu parler de tous les appelés sans distinction, et que les enfants à naître sont des appelés [1] qui doivent avoir une part égale.

C'est, du reste, ce qui arriverait dans le cas de mort naturelle du grevé, s'il survenait un posthume après le partage de la substitution entre les enfants nés et présents. La naissance de ce posthume rendrait un nouveau partage nécessaire, et l'on y procéderait comme si le posthume fût déjà né au moment du décès.

2243. Hors ces cas, le droit des appelés reste fixé à ce qu'il était au moment de son ouverture, et les événements ultérieurs ne peuvent le modifier. Par exemple, Primus institue Secundus dans la portion disponible, et lui substitue ses enfants au nombre de trois. Secundus est privé de sa jouissance en 1847, pour inexécution des conditions de la donation, et ses trois enfants prennent sa place. Il arrive que l'aîné meurt en 1850 avant son père et sans postérité. A son tour le père décède en 1853. Alors les deux survivants viennent prétendre que le partage à trois qui a été fait en 1847, n'a été que provisoire; que si la dévolution se fût faite suivant les prévisions originaires du testateur, c'est-à-dire au décès du père survenu en 1833, le partage se serait fait à deux et non à trois, leur frère aîné étant décédé; qu'ils ne sauraient être frustrés par l'événement imprévu qui a hâté l'ouverture de la substitution; qu'en conséquence les héritiers du frère aîné décédé doivent rendre la part de la substitution dont ils n'ont profité que provisoirement. Y seront-ils fondés? Nullement.

La part dont l'aîné a été saisi, par suite de l'ouverture de la substitution en 1847, est définitivement sortie de la substitution; aux termes de la loi, la substitution a été ouverte à son profit, et par suite il l'a transmise à ses héritiers. Ce qu'il faut considérer, en effet, ce n'est pas l'époque du décès de celui qui était grevé. Car, quand il est décédé, il n'était plus grevé, et sa jouissance avait cessé définitivement. Il ne faut avoir égard qu'à ce qui existait au moment

de l'ouverture de la substitution. C'est là l'époque décisive, c'est là l'événement critique qui règle tout. Il n'y a pas deux ouvertures de fidéicommiss, l'une provisoire lors de la déchéance, de la résolution, etc.; l'autre définitive lors du décès de celui qui était appelé. Il n'y a qu'une ouverture, celle qui s'opère au moment où agissent les causes énumérées dans notre article.

Vainement dirait-on que, dans l'espèce posée au numéro précédent, le partage fait entre les enfants présents au moment de l'ouverture anticipée a dû être refait par suite de la naissance ultérieure d'un enfant, et qu'ainsi il n'est pas exact de dire que cette ouverture est l'événement décisif qui détermine les situations. Il n'y a pas la moindre parité entre ce cas et celui dont nous nous occupons en ce moment. Toutes les parties n'étaient pas présentes au partage. Un enfant né depuis, et pourtant appelé, n'y était pas représenté; ce partage n'était donc que provisoire, il fallait le refaire. Ici rien de semblable, il y a eu ouverture régulière et partage entre tous les appelés. Pourquoi donc reviendrait-on sur un acte ainsi consommé?

Telles sont les causes involontaires qui font cesser la jouissance du grevé. Examinons maintenant les causes volontaires et leurs effets.

2244. Notre article parle de l'abandon anticipé que fait le grevé au profit des appelés, et il y voit une cause d'ouverture de substitution. Cette cause d'ouverture ne diffère des précédentes qu'en ce qui concerne les créanciers antérieurs auxquels cet abandon ne saurait porter préjudice. Mais entre le grevé et les substitués, elle a les mêmes effets que l'ouverture par mort, déchéance, résolution, etc.; elle est définitive et non provisoire. Les droits respectifs sont réglés d'une manière invariable, sans qu'on doive se préoccuper de ce qui arrivera à la mort de celui qui était grevé et qui a cessé d'être par son abandon [2].

A cette règle générale, il n'y a qu'une exception, c'est celle qui résulte de la naissance d'un enfant, postérieure à l'abandon. On peut consulter ce que nous avons dit à cet égard au n° 2242.

Ces idées, fondées sur les principes et sur le texte de notre article, font tomber quelques questions inventées par des auteurs qui croient à l'existence de deux ouvertures, l'une provisoire, l'autre définitive; questions qui nous paraissent oiseuses et imaginaires et que nous croyons inutile d'examiner [3].

2245. Mais quels seront les effets de l'aban-

[1] *Supra*, n° 2211.

[2] *Supra*, n° 2243.

[3] Delvincourt, note 3, sur la p. 105. Daron, t. IX, n° 606. Balth, *Substit.*, sect. 2, art. 6, n° 2.

don anticipé fait par le grevé, quant à ses créanciers ?

La deuxième partie de notre article décide que cet abandon ne peut jamais nuire aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon.

Cette disposition est empruntée à l'article 42 du titre 1^{er} de l'ordonnance de 1747 : seulement l'ordonnance distinguait expressément entre les créanciers par acte authentique et les créanciers chirographaires ; elle n'admettait ces derniers à exercer leurs droits et actions sur les biens substitués qu'autant que leurs créances avaient une date certaine avant la remise des biens. Quoique notre article ne fasse pas cette distinction, elle doit néanmoins être admise ; il est de principe, en effet, que les actes sous seing privé ne peuvent être opposés aux tiers que lorsqu'ils ont date certaine [1].

L'ordonnance contenait, en outre, une autre disposition au sujet des tiers acquéreurs auxquels le grevé aurait cédé ses droits antérieurement à l'abandon [2]. Évidemment, il en doit être de même sous le Code : c'est là une disposition du droit commun. D'ailleurs, les tiers acquéreurs sont eux-mêmes de véritables créanciers du grevé, puisque celui-ci est tenu de leur garantir la jouissance des biens qu'il a aliénés à leur profit.

2246. Le Code ne s'occupe dans notre article que des cessations de jouissance qui donnent ouverture au fidéicommiss. Il ne parle pas des causes de caducité qui empêchent le grevé d'entrer en jouissance.

Ces causes sont la répudiation du grevé, son prédécès, et son incapacité résultant soit d'un fait d'indignité, soit d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle [3].

2247. Examinons d'abord ces circonstances,

lorsqu'il s'agit d'une substitution faite par testament.

Dans l'ancien droit, on décidait que la caducité de l'institution entraînait la caducité de la substitution [4] et l'on ne faisait exception que pour le cas où la caducité provenait de la répudiation du grevé.

Cette disposition était fondée sur ce principe du droit romain que la validité d'un testament était subordonnée à l'institution d'héritier ; et en effet l'ordonnance exceptait les cas de testament militaire et de clause codicillaire, dans lesquels il n'était pas besoin d'institution d'héritier.

Quant à la répudiation, l'ordonnance décidait que le grevé n'avait pas pu, en répudiant, nuire à l'appelé, et celui-ci prenait alors la place du grevé [5].

On disait que dans ce cas le renouçant ne faisait que s'exclure d'un droit qui lui était acquis, qu'il n'avait pu dépendre de lui de changer les droits des fidéicommissaires, et qu'il n'avait fait que les anticiper [6].

Il n'y a sous le Code aucune différence entre ces causes de caducité. La caducité de la disposition ne doit dans aucun cas entraîner la caducité de la substitution. Les principes admis en cette matière par le droit romain et reproduits par l'art. 36, titre 1^{er} de l'ordonnance de 1747, ne sont plus les nôtres. Tous nos testaments ne sont que des codicilles, et ils ont la simplicité du testament militaire des Romains. C'est donc aux héritiers légitimes à rendre aux appelés, à défaut des légataires et sous les mêmes conditions, les biens grevés [7]. On voit qu'en pareil cas, la substitution vulgaire est sous-entendue, en tant que de besoin, dans la substitution officieuse [8].

À 11. Vazeille, n° 14, sur l'art. 1053. Coin-Delisle, n° 7 et 8, sur l'art. 1053. Marnéac, t. IV, n° 226.

[1] Art. 1528 du C. Nap.

[2] Art. 42 du tit. 1^{er} de l'ord. de 1747 : « Ne pourra pareillement ladite restitution anticipée nuire à ceux qui auront acquis des biens substitués de celui qui aura fait ladite restitution, et ils ne pourront être évincés par celui à qui elle aura été faite qu'après le temps où le fidéicommiss aura dû lui être restitué. »

[3] Loi du 31 mai 1834.

[4] L'art. 26 du tit. 1^{er} de l'ord. de 1747 est ainsi conçu : « Dans tout testament, autre que le militaire, la caducité de l'institution entraînera la caducité de la substitution fidéicommissaire, si ce n'est lorsque le testament contiendra la clause codicillaire. »

[5] L'art. 27 du tit. 1^{er} de l'ord. de 1747 est ainsi conçu : « La renonciation de l'héritier institué, ou du légataire, ou du donataire grevé de substitution, ne pourra nuire au substitué, lequel, audit cas, prendra la place dudit héritier, légataire ou donataire, soit qu'il y ait une clause codicillaire dans le testament ou qu'il n'y en ait point ; et pareillement, en cas de renonciation du

substitué, celui qui sera appelé après lui prendra sa place.

Art. 37, tit. 1^{er} : « Lorsque le grevé de substitution aura renoncé à la disposition faite en sa faveur sans s'être immisné dans les biens substitués, ou qu'il sera mort sans l'avoir acceptée, ni expressément ni tacitement, suivront ce qui est porté par l'article précédent, le substitué au premier degré en prendra la place ; en sorte que les degrés de substitution ne seront comptés qu'après lui, et dans les mêmes cas de renonciation ou d'abstention d'un des substitués. Il ne sera point censé avoir rempli un degré, et celui qui sera appelé après lui prendra sa place, le tout encore que la renonciation ou l'abstention dudit grevé ou dudit substitué n'ait pas été gratuite. »

[6] Voy. Furgole sur l'art. 27 précité. Voy. aussi, dans Merlin (*Repert.*, v° *Des subst. fidéicommiss.*, sect. 15, § 1), un arrêt du 8 janvier 1781, rendu, sur les conclusions de l'avocat général Séguier, contre le comte Stanislas de Clermont-Tonnerre.

[7] Toullier, t. V, n° 634.

[8] Furgole sur l'art. 26 du tit. 1^{er}, où il cite la jurisprudence du parlement de Toulouse.

Nous disons en tant que de besoin, pour qu'on n'abuse pas de cette proposition dans le cas où les conditions de la substitution vulgaire ne se présentent pas.

Supposons que le grevé répudie et qu'à ce moment il soit sans enfants; plus tard son mariage devient fécond, et ses enfants se présentent pour recueillir la substitution; ils y seront fondés, bien qu'ils ne fussent pas nés au moment de la répudiation de leur père. Il est de principe que la répudiation ne peut pas nuire au substitué, et c'est ce que proclamait expressément l'art. 27 du titre 1^{er} de l'ordonnance de 1747. Il y a même raison de décider aujourd'hui.

Vainement on se prévautrait de cette pensée, « que la substitution vulgaire est sous-entendue en cas de caducité dans l'officieuse. » Dirait-on qu'ici les enfants nés après la répudiation doivent être repoussés, par la raison que la substitution vulgaire ne saurait produire d'effet qu'autant que l'appelé vulgaire est vivant au moment de l'ouverture de la succession [1]? Nous répondons qu'il importe peu que la substitution vulgaire ne soit pas applicable; que ce n'est pas, dans tous les cas, par les idées de la substitution vulgaire que s'explique la situation dont nous nous occupons. Il nous suffit, dans l'hypothèse actuelle, du principe posé par l'ordonnance, à savoir que la répudiation ne préjudicie pas à l'appelé.

On peut bien s'attacher à la substitution vulgaire pour faire valoir la disposition, mais non pas pour l'annuler, d'autant que ce n'est pas une substitution vulgaire que le testateur a voulu faire *à priori*; sa pensée a été de faire une substitution fidéicommissaire.

2248. Il faut supposer maintenant que la substitution a été faite par donation. On voit

alors que les circonstances de répudiation, de prédécès et d'incapacité ne seront d'aucune importance pour l'ouverture de la substitution, laquelle ne saurait alors avoir lieu, par une raison bien simple, à savoir, que sans acceptation valable du grevé, il n'y a pas de contrat, il n'y a pas par conséquent de donation. La nature de l'acte, en effet, exige le concours de deux volontés. La donation ne peut recevoir aucun effet, soit à l'égard du grevé, soit à l'égard des appelés; elle n'a été qu'un simple projet. Nous ne saurions donc nous rendre sur ce point à l'opinion de Vazeille [2], qui prétend que la substitution vulgaire est de droit ici comprise dans la substitution fidéicommissaire, et que l'appelé doit prendre la place du substitué.

2249. Nous avons supposé, tout à l'heure, en examinant les droits des créanciers antérieurs à la remise des biens faite par le grevé, que celui-ci n'avait fait l'abandon de ces biens qu'après être entré en jouissance. Voyons maintenant quels seront les droits des créanciers, si le grevé, sans même avoir eu la possession, a refusé de profiter du bénéfice de la disposition: ses créanciers pourront-ils, dans ce cas, attaquer sa renonciation?

L'article 58 de l'ordonnance reconnaissait ce droit expressément [3], et ce même droit s'induit clairement aujourd'hui de la combinaison de cette disposition avec les art. 788 et 622 du Code Napoléon [4].

Mais les créanciers du grevé ne seraient admis à faire tomber une répudiation qui leur préjudicie, que dans le cas seulement où il s'agirait d'une disposition testamentaire. Nous avons, en effet, établi plus haut [5] que les créanciers du donataire n'ont pas qualité pour accepter, à sa place, une libéralité que le donateur n'a voulu faire qu'au donataire personnellement.

[1] Duranton, t. IX, n° 602.

[2] N° 4, sur l'art. 1033.

[3] Art. 58 du tit. 1^{er} de l'ord. de 1747. « N'entendons néanmoins que la disposition de l'article précédent puisse avoir lieu dans le cas où les créanciers du grevé ou du substitué n'auraient été admis à accepter la disposition faite à son profit, ou à demander l'ouverture de la substitution, au lieu de leur débiteur, pour jouir pendant sa vie des biens substitués, auquel cas les degrés

de substitution seront comptés comme s'il avait recueilli lui-même lesdits biens. »

[4] *Supra*, n° 1886 et 2159. Majeville, *Analyse du Code civil*, sur l'art. 1033. Grenier, n° 371. Toullier, n° 790. Duranton, n° 603. Vazeille, n° 17, sur l'article 1034. Voy. *contra*: Coin-Delisle, n° 12, sur l'article 1033.

[5] *Supra*, n° 1100.

ARTICLE 1034.

Les femmes des grevés ne pourront avoir, sur les biens à rendre, de recours subsidiaire, en cas d'insuffisance des biens libres, que pour le capital des deniers dotaux, et dans le cas seulement où le testateur l'aurait expressément ordonné.

SOMMAIRE.

2230. Du recours subsidiaire qu'il est permis au testateur d'accorder à la femme du grevé, dans certains cas, sur les biens substitués.

2231. Ce recours ne pourrait s'exercer pour le capital d'un fonds dotal aliéné.

2232. Ni pour les conventions matrimoniales résultant

d'un contrat de mariage en communauté.

2233. Le testateur ne saurait accorder à la femme du grevé un recours plus étendu que celui de cet article.

2234. Le donateur a ici le même droit que le testateur.

COMMENTAIRE.

2230. Nous avons vu que la propriété du grevé est une propriété résoluble [1], et que si, à son décès, il y a des appelés survivants prenant sa place, tous les droits de ses ayants cause se trouvent effacés.

A ce principe, il y a pourtant une exception reconnue par notre article, et qui a lieu dans le cas où le testateur aurait expressément autorisé la femme du grevé à exercer sur les biens substitués un recours subsidiaire, en cas d'insuffisance des biens libres. Et encore ce recours subsidiaire n'a-t-il lieu que pour le capital des deniers dotaux seulement, et jamais pour les intérêts et fruits.

L'ordonnance de 1747 avait fait l'exception beaucoup plus large. Il n'était pas besoin que le disposant eût autorisé ce recours subsidiaire de la femme; il avait lieu de plein droit, et il ne se bornait pas au capital des deniers dotaux; il embrassait encore les fruits et les intérêts de la dot [2].

2231. Il suit du texte de notre article que le fonds, qui aurait été constitué en dot à la femme, et que le mari aurait aliéné infidèlement, n'est pas protégé par le recours subsidiaire ouvert ici à la femme du grevé. Celle-ci n'a pas d'action sur les biens substitués pour son indemnité, sauf à elle à agir contre les acquéreurs du fonds dotal [3].

2232. Il n'y a pas non plus de recours subsidiaire pour le emploi des propres aliénés [4], l'indemnité des dettes [5], en un mot pour les conventions matrimoniales résultant d'un contrat de mariage en communauté; les termes de

notre article l'indiquent suffisamment, et c'est aussi ce qui se déduit de l'esprit et des textes de l'ordonnance de 1747.

2233. On ne comprend pas, au premier coup d'œil, pourquoi le disposant, qui peut faire de la portion disponible tout ce qui lui convient, qui pourrait même la donner à l'épouse, si cela lui plaisait, ne pourrait pas permettre à celle-ci d'exercer un simple recours en garantie subsidiaire pour la conservation de ses avantages matrimoniaux. Aussi Toullier a-t-il cru que l'art. 1034 ne doit être limité au capital mobilier, qu'autant que le testateur s'est borné à accorder le recours subsidiaire en général; mais qu'il ne s'oppose pas à ce que la volonté du testateur, se précisant davantage, étende en termes exprès les limites de ce recours subsidiaire [6].

Mais cette opinion est difficile à admettre en présence des termes de notre article. Le disposant pourrait donc, en suivant le raisonnement de Toullier, autoriser la femme du grevé à exercer un recours direct pour ses reprises! Est-ce qu'il est possible d'admettre une telle pensée? Le législateur n'a pas voulu que le disposant, qui avait entendu faire une substitution, la détruisît par des moyens indirects. Il a jugé son œuvre comme quelque chose de sérieux, et il ne lui a pas permis d'introduire des conditions qui la paralysent ou l'amoindrisent notablement. Ne serait-il pas facile d'ailleurs au grevé ou à sa femme de créer des causes fictives de reprises et d'absorber ainsi les biens substitués [7]?

[1] Suprà, n° 2237.

[2] Art. 44 du tit. 1^{er} de l'ord. de 1747 : « L'hypothèque ou le recours subsidiaire accordé aux femmes sur les biens substitués, en cas d'insuffisance des biens libres, aura lieu, tant pour le fonds ou capital de la dot, que pour les fruits ou intérêts qui en seront dus. »

[3] Forgeat sur l'art. 44 précité et sur l'art. 49 du

tit. 1^{er} de l'ord. de 1747.

[4] Art. 49 du tit. 1^{er} de l'ord.

[5] Art. 50 du même titre.

[6] Toullier, t. V, n° 475. Jugeat Rolland de Villargues, *Repert. Favard*, v° *Substitu.*, sect. 2, § 1, n° 18.

[7] Maleville, *loc. cit.*, sur l'art. 1034. Grenier, n° 378. Delvincourt, t. II, p. 415. Dalloz, v° *Substitu.*

2254. Bien que l'art. 1034 ne parle que du testateur comme pouvant ordonner le recours subsidiaire de la femme sur les biens grevés, il

n'y a pas de doute que le donateur n'ait le même droit.

ARTICLE 1033.

Celui qui fera les dispositions autorisées par les articles précédents pourra, par le même acte, ou par un acte postérieur, en forme authentique, nommer un tuteur chargé de l'exécution de ces dispositions : ce tuteur ne pourra être dispensé que pour une des causes exprimées à la section vi du chapitre ii du titre de la *Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*.

SOMMAIRE.

2255. Mesures dans l'intérêt des appelés. — Du tuteur à la substitution.

2256. Dans quel acte le choix de ce tuteur peut être fait.

2257. On ne saurait se refuser à accepter cette tutelle, si l'on ne se trouve dans les cas d'exuse déterminés par la loi.

COMMENTAIRE.

2255. Nous entrons ici dans une série de dispositions qui, jusqu'à l'art. 1069, s'occupent des mesures à prendre dans l'intérêt des appelés.

Une des plus importantes est la nomination d'un tuteur chargé de veiller à la conservation des biens des appelés. Il importe, en effet, que par cela seul que le droit du grevé s'ouvre et que l'espérance des substitués est née, la gestion du grevé soit soumise à certaines formalités de contrôle.

L'ordonnance de 1747 [1] voulait que ce fût le premier substitué qui fût chargé de représenter les autres substitués nés ou à naître, et qui, dans les opérations d'inventaire et de liquidation à l'occasion d'une substitution, fût le contradicteur légitime du grevé. Que si le premier substitué était en état de minorité ou n'était pas né, elle exigeait qu'il fût nommé un tuteur ou curateur à la substitution.

Le Code a adopté un autre système ; il veut que le tuteur à la substitution soit nommé par le testateur qui est le premier intéressé à voir assurer l'exécution de ses volontés, ou, à son défaut, par le conseil de famille. Notre article s'occupe du premier cas.

2256. Le choix du tuteur peut être fait dans la disposition même ; il peut être fait aussi par acte postérieur ; mais alors il faut que cet acte soit en la forme authentique.

Cet acte est en la forme authentique, soit

qu'il soit passé devant notaires, soit qu'il consiste en une déclaration faite devant le juge de paix, assisté de son greffier.

La nomination faite par testament olographe satisfait aussi à la condition exigée par notre article [2] ; car le testament olographe vaut comme acte public et solennel [3]. Il n'est pas possible d'avoir des doutes à cet égard, si l'on réfléchit que le testament olographe pourrait ériger valablement l'institution et la substitution, et que dès lors il serait bizarre qu'il ne fut pas assez solennel pour nommer un simple tuteur à la substitution. Est-ce que le testament olographe, en organisant la substitution, ne pourrait pas contenir simultanément la nomination du tuteur ? Pourquoi donc ne pourrait-il pas la contenir après coup ? Enfin, un exécuteur testamentaire peut être nommé par testament olographe, et l'on voudrait qu'il fallût quelque chose de plus pour nommer un tuteur à la substitution !

2257. Il en est des fonctions du tuteur à la substitution comme de celles du tuteur pour le cas de minorité ou d'interdiction ; c'est une charge publique dont il n'est permis de se dispenser que dans certains cas et pour certaines causes déterminées. Notre article le dit expressément. Sous l'ordonnance, au contraire, aucune disposition n'empêchait le tuteur de retourner cette charge.

sect. 2, art. 3, § 2, nos 20, 21. Vazeille, no 1, sur l'article 1034. Coin-Delisle, no 1, sur l'art. 1034.

[1] Art. 4 et 5 du tit. 2 de l'ord. de 1747.

[2] Coin-Delisle, no 2, sur l'art. 1033.

[3] *Supra*, no 1498.

ARTICLE 1056.

A défaut de ce tuteur, il en sera nommé un à la diligence du grevé, ou de son tuteur s'il est mineur, dans le délai d'un mois, à compter du jour du décès du donateur ou testateur, ou du jour que, depuis cette mort, l'acte contenant la disposition aura été connu.

SOMMAIRE.

2258. A qui appartient de requérir la nomination du tuteur à la substitution. | 2259. De la forme de cette nomination.

COMMENTAIRE.

2258. Le but de cet article est d'assurer la nomination du tuteur, soit lorsque le disposant n'a point fait de choix, soit lorsque la personne désignée a pu se faire dispenser de la tutelle, soit enfin lorsque, pour une cause quelconque, le tuteur ayant cessé ses fonctions, il y a lieu de pourvoir à la nomination d'un autre tuteur. Dans ce cas, c'est au grevé (ou à son tuteur s'il est mineur) de requérir la nomination du tuteur à la substitution. Et, comme il importe que ce tuteur puisse exercer tout de suite sa surveillance, la loi a fixé le délai dans lequel la no-

mination doit être faite, à un mois à compter du jour du décès du disposant, ou du jour où, depuis cette mort, l'acte contenant la disposition a été connu.

2259. Il n'est point ici parlé de la forme dans laquelle cette nomination doit être faite; mais il est facile de suppléer au silence de cet article en recourant au droit commun. C'est le conseil de famille qui fera cette nomination, et l'on suivra les formalités tracées par la loi, pour la composition et la convocation de ce conseil, au titre de la *Minorité* [1].

ARTICLE 1057.

Le grevé qui n'aura pas satisfait à l'article précédent sera déchu du bénéfice de la disposition; et dans ce cas, le droit pourra être déclaré ouvert au profit des appelés, à la diligence, soit des appelés s'ils sont majeurs, soit de leur tuteur ou curateur s'ils sont mineurs ou interdits, soit de tout parent des appelés majeurs, mineurs ou interdits, ou même d'office, à la diligence du procureur du roi près le tribunal de première instance du lieu où la succession est ouverte.

SOMMAIRE.

2260. Déchéance du grevé lorsqu'il n'a pas requis la nomination du tuteur. | déchéance n'existe contre lui.
2261. Cette déchéance n'est pas encourue de plein droit. | 2262. Le grevé mineur dont le tuteur a négligé de requérir la nomination du tuteur à la substitution, ne doit pas être déclaré déchu.
2262. Lorsque le grevé n'a pas d'enfant, nulle action en

COMMENTAIRE.

2260. Le législateur attache une si grande importance à la nomination d'un tuteur à la substitution, qu'il prononce la déchéance du grevé, lorsqu'il n'aura pas satisfait à la disposition de l'article précédent. En ce cas, le droit des appelés pourra être déclaré ouvert, soit à

leur requête, soit même d'office et à la requête du ministère public. Cette déchéance n'a pas été introduite dans l'intérêt des héritiers naturels du disposant ou du disposant lui-même; elle a pour but unique de protéger la substitution et ceux qui en doivent profiter.

[1] D'après les principes suivis sous l'ord. de 1747, la nomination se faisait dans une assemblée de parents

autorisée par le juge. Fargol sur l'art. 5, tit. 2 de l'ord. de 1747.

2261. La déchéance n'est pas tellement de plein droit qu'il suffise qu'elle soit demandée pour être obtenue. Les juges sont autorisés à examiner les circonstances et à se décider suivant l'exigence des cas, tout en réfléchissant cependant qu'il ne faut avoir ni complaisances ni faiblesses pour une négligence caractérisée.

Pour se convaincre de cette vérité, il faut combiner entre elles les deux parties de l'article 1057. La première prononce la déchéance, sans dire à qui appartient l'action tendant à la faire déclarer. Dans la deuxième, l'article s'occupe de l'ouverture de la substitution, suite de cette déchéance, et c'est alors seulement qu'il signale les appelés et le ministère public comme investis de l'action qui peut faire prononcer cette ouverture. Il suit de là que l'action en déchéance ne peut être exercée que par ceux qui ont droit de faire des diligences pour l'ouverture du fidéicommiss, et que par conséquent, s'il n'y a pas lieu à l'ouverture du fidéicommiss, par exemple, parce que le grevé n'a pas d'enfants vivants, nul n'a d'action pour la déchéance, n'y ayant pas d'action possible pour la délitance.

Et cette conséquence n'est pas la seule; comme l'ouverture du fidéicommiss est laissée à l'appréciation du juge (ainsi qu'il résulte de ces mots : *le droit pourra être déclaré ouvert*), il s'ensuit que la déchéance doit être aussi l'objet de son équitable examen. Les demandeurs, en effet, ne sauraient avoir des droits plus sévères pour la déchéance, à l'égard de laquelle la loi ne leur assigne pas une action spéciale, que pour l'ouverture qui fait l'objet principal, direct, précis de leur action.

2262. Nous disons que lorsque le grevé n'a pas d'enfants, nulle action en déchéance n'existe contre lui. Pour rendre cette vérité plus sensible, supposons que le grevé n'ait pas d'enfant et qu'il n'ait plus l'espérance d'en avoir; il ne fait pas nommer de tuteur à la substitution, parce que, dans sa conviction, cette substitution ne se réalisera jamais. Il arrive pourtant que le ministère public intente contre lui une action en déchéance. Comment pourrait-on admettre cette action? dans quel but? dans quel intérêt? Pour

des frères et sœurs que le testateur a écartés, et en vue desquels la nomination du tuteur n'a pas été établie? La loi n'a pas voulu de peines inutiles; elle n'a pas voulu le renversement des volontés du défunt.

Mais faisons un pas de plus : le grevé est fils unique; son père l'institue dans la portion disponible avec substitution à ses enfants nés et à naître; il a deux fils qui sont enlevés presque en même temps que leur grand-père, et le grevé reste seul sans espoir d'avoir d'autres enfants! Quoi! parce que le fils unique n'aura pas fait nommer un tuteur à la substitution, qui probablement ne se réalisera jamais, le ministère public pourrait le faire déclarer déchu? Mais qu'arriverait-il alors? ou que par suite de cette déchéance la portion disponible irait trouver des cousins, ou arrière-cousins, auxquels le testateur n'a jamais songé, ce qui serait absurde, ou que le grevé prendrait comme héritier *ab intestat* ce qui lui est enlevé comme grevé, et alors à quoi bon l'action du ministère public?

Je sais qu'un arrêt de la cour de Paris, du 29 mai 1841 [1], paraît décider, dans ses considérants, que la déchéance est impérative et absolue : mais l'espèce était bien défavorable pour le grevé, puisque c'était sa fille unique elle-même qui venait demander sa déchéance par suite de sa longue négligence. Aussi ne faut-il pas s'étonner de la décision de la cour de Paris et du rejet du pourvoi par la cour de cassation [2].

Mais l'arrêt de la cour suprême ne nous paraît pas exclusif d'une décision plus indulgente dans des cas où l'action ne reposerait pas sur des faits aussi sérieux.

2263. Que si le grevé est mineur et que son tuteur néglige de requérir la nomination du tuteur à la substitution, devra-t-il être déclaré déchu? Nullement : on ne peut dire, en pareil cas, que ce soit le grevé qui ne satisfait pas à la disposition de l'art. 1057; c'est son tuteur qui est coupable de négligence, et il ne faut pas faire retomber sur le mineur incapable une peine qui n'est prononcée que contre la personne même du grevé coupable de négligence [3].

[1] Devill., 41, 2, 579.

[2] 17 avril 1845 (Devill., 43, 1, 497).

[3] Coin-Delisle, n° 6, sur l'art. 1057.

ARTICLE 1038.

Après le décès de celui qui aura disposé à la charge de restitution, il sera procédé, dans les formes ordinaires, à l'inventaire de tous les biens et effets qui composeront sa succession, excepté néanmoins le cas où il ne s'agirait que d'un legs particulier. Cet inventaire contiendra la prise à juste prix des meubles et effets mobiliers.

SOMMAIRE.

2264. But de l'inventaire prescrit par cet article.

2265. Il doit porter sur les meubles et les immeubles.

2266. Il doit contenir la prise des meubles.

2267. Cet article ne dispose que pour les substitutions testamentaires.

COMMENTAIRE.

2264. Cet article a pour but d'arriver à dégager la substitution de la succession dans le sein de laquelle elle est confondue au moment du décès du disposant, et où une partie de son actif pourrait s'amoindrir, se détourner et se perdre, si l'état général de cette succession, sur laquelle elle doit être prise, n'était vérifié légalement.

Pourant, ce n'est qu'autant que la substitution est universelle ou à titre universel que cette vérification et cette constatation sont ordonnées. Quand la substitution porte sur un objet spécial et particulier, la particularité du titre suffit pour empêcher la confusion, le détournement et la perte. Il est vrai que l'ordonnance de 1747 [1] exigeait l'inventaire dans tous les cas, que la substitution fut universelle ou particulière. Le Code a pensé avec raison que, si la substitution était particulière, il n'était pas besoin de faire les frais d'un inventaire pour sauvegarder la disposition.

2265. L'inventaire devra avoir lieu pour les immeubles de la succession, de même que pour les meubles; la loi n'a pas fait, sur ce point, de distinction. Bien plus, elle a pris soin de dire que l'inventaire devait porter sur tous les biens et effets qui composent la succession du disposant. Elle a compris évidemment sous cette expression générale, « tous les biens et effets, » les immeubles et les meubles.

On a contesté [2] la nécessité de comprendre les immeubles dans l'inventaire, l'usage se bornant à faire porter les inventaires seulement sur le mobilier, et l'on a cité à l'appui plusieurs articles [3] où le Code Napoléon, tout en parlant de l'inventaire des biens, n'entend évidemment prescrire qu'un inventaire du mobilier.

Nous répondons par le texte de notre article

et par les paroles suivantes de Furgole : « Il est nécessaire que l'inventaire renferme tous les biens et effets délaissés par le substituant, tant meubles qu'immeubles; la lettre du texte est claire et précise sur ce point, dès qu'il ne se borne point aux seuls effets mobiliers; ce qui paraît fondé sur ce qu'il impose au substitué d'avoir une preuve par l'inventaire des biens immeubles, comme des meubles et effets mobiliers. »

2266. Notre article exige en outre, comme l'exigeait l'ordonnance [4], qu'on fasse dans l'inventaire l'estimation des meubles et objets mobiliers.

2267. L'art. 1038 ne prescrit la formalité de l'inventaire que pour les substitutions faites par testament; c'est ce qui ressort de ces mots : « après le décès du substituant, » et de l'ensemble de l'article... Il ne dispose pas pour les donations entre-vifs, qu'il dispense, par son silence, de l'inventaire. Tel était aussi l'avis de Furgole sous l'ordonnance de 1747 : « En mon particulier, je pense qu'il n'y a une vraie nécessité de faire procéder à l'inventaire, que quand la substitution est faite par testament, ou par un codicille qui se réfère au testament, ou par un codicille *ab intestat*, ou par institution contractuelle, et non quand il s'agit d'une substitution contenue dans une donation entre-vifs, qui est réellement exécutée pendant la vie du donateur, ou quand il a été fait un état des meubles et effets mobiliers compris dans la donation chargée de substitution [5]. » On aperçoit, en effet, que dans ces cas la confusion entre la succession et la substitution n'existe pas, et qu'il y a une manifeste séparation, soit par la tradition, soit par l'état estimatif.

[1] Art. 1 du tit. 2.

[2] Coin-Delisle, n° 8, sur l'art. 1038.

[3] Art. 431, 794, 1031, etc., du C. Nap.

[4] Art. 7 du tit. 2.

[5] Furgole sur l'art. 2 du tit. 2.

ARTICLE 1059.

Il sera fait à la requête du grevé de restitution, et dans le délai fixé au titre *des Successions*, en présence du tuteur nommé pour l'exécution. Les frais seront pris sur les biens compris dans la disposition.

SOMMAIRE.

2268. Délai dans lequel l'inventaire doit être fait.
2269. De la présence du tuteur à l'inventaire.

2270. Les frais de l'inventaire doivent être pris sur les biens compris dans la substitution.

COMMENTAIRE.

2268. En ordonnant que l'inventaire soit fait à la requête du grevé de restitution, notre article renvoie au titre *des Successions*, en ce qui concerne le délai à observer pour l'exécution de l'inventaire. Or, l'héritier, aux termes de l'art. 795 du titre *des Successions*, a un délai de trois mois pour faire inventaire et quarante jours pour délibérer. Par suite on s'est demandé si un semblable délai devait être accordé au grevé de restitution. Toullier s'est prononcé pour l'affirmative [1]. Mais l'opinion contraire ne saurait être douteuse; l'héritier n'a réellement qu'un délai de trois mois pour faire inventaire. C'est uniquement pour qu'il prenne parti sur son acceptation ou sur son refus de la succession, qu'un second délai de quarante jours lui est donné. Le renvoi de l'art. 1059 ne saurait donc concerner ce dernier délai.

2269. Cet inventaire, à la requête du grevé, doit être fait en présence du tuteur nommé pour l'exécution... C'est ce que dit notre article, en reproduisant à peu de chose près l'ordonnance de 1747, dont l'art. 5 (tit. II) était ainsi conçu : « ... Si le premier substitué n'est pas encore né, il sera nommé un curateur à la substitution, qui assistera audit inventaire. »

Mais si le tuteur dûment appelé à l'inventaire

néglige de comparaitre, ne pourra-t-on y procéder sans encourir la nullité? Il est certain qu'on pourra y procéder en son absence.

Voici ce que disait Furgole [2] sur ce point : « Il ne me paraît pas douteux que le défaut de comparaitre sur une assignation équipollente à la présence, et que si l'inventaire ne pouvait être fait qu'autant que le curateur assisterait réellement, il pourrait en empêcher la formation; mais le curateur défaillant pourrait être tenu de dommages-intérêts provenant de l'infidélité de l'inventaire, occasionnée par son absence, comme ayant manqué à son devoir. »

2270. Une autre disposition de cet article, c'est que les frais doivent être pris sur les biens compris dans la substitution.

Cette disposition du Code nous paraît préférable à celle de l'ordonnance de 1747 [3], qui mettait les frais d'inventaire à la charge de la succession. Pourquoi, en effet, faire supporter aux héritiers les frais d'une mesure qui est prise dans l'intérêt commun du grevé et des appelés? Car son but est que le grevé ne soit pas tenu de rendre plus qu'il n'a reçu, et que ceux-ci ne puissent réclamer plus qu'ils n'ont droit de prétendre.

ARTICLE 1060.

Si l'inventaire n'a pas été fait à la requête du grevé dans le délai ci-dessus, il y sera procédé dans le mois suivant, à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution, en présence du grevé ou de son tuteur.

ARTICLE 1061.

S'il n'a point été satisfait aux deux articles précédents, il sera procédé au même inventaire, à la diligence des personnes désignées en l'art. 1057, en y appelant le grevé ou son tuteur, et le tuteur nommé pour l'exécution.

[1] T. V, n° 751.

[2] Sur l'art. 5 du tit. 2 de l'ord.

[3] Art. 2 du tit. 2.

SOMMAIRE.

2271. Quelles personnes peuvent faire procéder à l'inventaire après le délai de trois mois.

COMMENTAIRE.

2271. D'après ces articles, lorsque le grevé a laissé écouler, sans faire inventaire, le délai de trois mois qui lui est imparti par l'article précédent, c'est au tuteur à l'exécution d'y faire procéder dans le mois suivant. Et l'importance de cet inventaire est telle, que si le tuteur néglige de remplir cette obligation, le droit de requérir l'inventaire appartiendra alors, soit à

leurs parents, soit même au procureur impérial. Mais dans tous ces cas, c'est en présence du grevé ou de son tuteur que l'inventaire doit être dressé. Ajoutons que si ces derniers sont dûment appelés, leur absence n'entraînera pas la nullité de l'inventaire. Il faudra décider ici comme nous avons décidé à l'égard du tuteur à la substitution (1).

ARTICLE 1062.

Le grevé de restitution sera tenu de faire procéder à la vente, par affiches et enchères, de tous les meubles et effets compris dans la disposition, à l'exception néanmoins de ceux dont il est mention dans les deux articles suivants.

SOMMAIRE.

2272. De la vente du mobilier.

| 2273. Elle doit avoir lieu par affiches et enchères.

COMMENTAIRE.

2272. Cet article impose au grevé l'obligation de faire procéder à la vente du mobilier compris dans la substitution. Il est difficile, en effet, de conserver en bon état, pendant longtemps, des effets mobiliers, et dans l'intérêt du grevé comme dans celui de l'appelé, il importait que la vente en eût lieu le plus tôt possible. Du reste, cet article est la reproduction presque textuelle de l'art. 8 du tit. II de l'ordonnance de 1747 (2).

Ainsi, sous le Code et sous l'ordonnance, la règle à l'égard du mobilier, c'est qu'il soit vendu par le grevé; ce n'est que par exception,

ainsi que nous le verrons dans les deux articles suivants, qu'il doit être conservé en nature. Furgole (3) nous apprend qu'il en était différemment avant l'ordonnance, et que le grevé était autorisé à conserver les meubles pour ne les rendre qu'en nature. Cet usage était conforme au droit romain (4).

2273. La vente à laquelle le grevé doit faire procéder est une vente par affiches et enchères. Ce n'est point une vente judiciaire; il n'est donc point nécessaire que le grevé obtienne une ordonnance de justice pour procéder aux enchères (5).

ARTICLE 1063.

Les meubles meublants et autres choses mobilières qui auraient été compris dans la disposition, à la condition expresse de les conserver en nature, seront rendus dans l'état où ils se trouveront lors de la restitution.

[1] *Suprà*, n° 2269.

[2] « Le grevé de substitution sera tenu de faire procéder à la vente, par affiches et enchères, de tous les meubles et effets compris dans la substitution, à l'exception néanmoins de ceux qu'il pourrait être chargé de conserver en nature, suivant la disposition des art. 6

et 7 du tit. 1^{er} de la présente ordonnance. »

[3] Sur l'art. 8 du tit. 2 de l'ordonnance.

[4] Ulpien, l. 2, § 17, D., *De legat.*, 5^o. Papinien, l. 5, § 4, D., *De usufr. et fruct.*

[5] Furgole, *loc. cit.*

ARTICLE 1064.

Les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres seront censés compris dans les donations entre-vifs ou testamentaires desdites terres; et le grevé sera seulement tenu de les faire priser et estimer, pour en rendre une égale valeur lors de la restitution.

SOMMAIRE.

2274. Le grevé n'est point tenu de vendre le mobilier :
1° lorsque le disposant a ordonné la restitution en nature.
2275. 2° Lorsqu'il s'agit de meubles qui sont immeubles par destination.

2276. Le grevé n'en est pas moins soumis, dans ces cas, à faire priser et estimer les meubles dont il s'agit.
2277. Autre exception prévue par l'ordonnance.

COMMENTAIRE.

2274. Ces articles consacrent deux exceptions à la règle posée dans l'article précédent. Le grevé ne devra point faire vendre le mobilier lorsqu'il s'agira de meubles dont le disposant aura ordonné expressément la restitution en nature, ou lorsque les meubles pourront être considérés comme immeubles par destination.

Examinons chacune de ces exceptions.

La première exception est toute naturelle; il doit dépendre, en effet, du disposant de dispenser le grevé de la vente du mobilier qu'il aurait pu lui donner sans la charge de restitution.

L'ordonnance de 1747 [1] contenait une exception analogue, mais cependant beaucoup moins large. Elle ne permettait au disposant d'empêcher expressément la vente des meubles et effets mobiliers, qu'autant que ces meubles et effets servaient à l'usage ou à l'ornement des châteaux et maisons faisant eux-mêmes partie de la substitution. Cette différence entre l'ordonnance et le Code tient à ce que, sous l'empire de l'ordonnance, les meubles étaient considérés comme une valeur pour laquelle on avait peu d'affection (*vilis mobilia possessio*) et dont la conservation paraissait peu importante. Au contraire, depuis plus d'un demi-siècle la richesse mobilière a acquis une grande importance, et il y a des meubles tels qu'actions, rentes sur l'État, etc., dont la conservation peut être précieuse et utile pour le bien-être des familles.

2275. La deuxième exception, qui est empruntée complètement à l'ordonnance de 1747 [2], est ainsi conçue : « Les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres seront

« censés compris dans les donations entre-vifs » ou testamentaires desdites terres. » On s'est étonné de ce que le Code ait eu devoir faire ici un article spécial de cette disposition, qui n'est que l'application du principe consacré par l'article 524 sur les immeubles par destination; mais il faut se rappeler qu'à l'époque où le titre que nous commentons était décrété, le titre de la *Distinction des biens*, dans lequel est placé l'art. 524, n'était point encore fait [3], et que l'on n'était pas fixé sur le parti à prendre quant à la question de l'immobilisation de certains meubles.

Il faudrait, du reste, aujourd'hui généraliser la disposition de l'art. 1064 et l'étendre à tous les meubles que l'art. 524 déclare immeubles par destination.

2276. Le grevé, dans ce dernier cas, est néanmoins tenu de faire priser et estimer les meubles dont il s'agit, pour en rendre une égale valeur lors de la restitution, ou plutôt pour en rendre d'une égale valeur, comme disait l'art. 6 du titre I^{er} de l'ordonnance, auquel cette disposition a été empruntée. En effet, ce n'est pas la valeur en argent des ustensiles et bestiaux que le grevé sera tenu de restituer, mais bien des ustensiles et bestiaux de même espèce et d'une valeur égale..., « si bien, dit Furgole, que s'il » était reçu à rendre les mêmes corps, faudrait-il qu'il en parfournit la moins-valeur [4]. » Évidemment il faut entendre cet article dans le sens de l'art. 1826, qui recommande au fermier, à la fin du bail, de laisser un cheptel de valeur pareille à celui qu'il a reçu [5]. L'omission de la particule *d'* n'est que le résultat d'une inatten-

[1] Art. 7 du tit. 1.

[2] Art. 6 du tit. 1.

[3] Le titre des *Donations et testaments* est du 3 mai 1803; celui de la *Distinction des biens* est du 25 janv. 1804.

[4] Sur l'art. 6 du tit. 1.

[5] Note d'Anselot sur Grenier (édit. Bayle-Mouillard), n° 388.

tion, et il paraît certain que le Code a voulu reproduire ici complètement la disposition de l'ordonnance.

2277. L'ordonnance contenait encore un cas où le grevé pouvait s'abstenir de vendre les meubles compris dans la substitution : c'était lorsque le grevé, ayant des droits à prélever sur la succession du disposant, obtenait du juge

l'autorisation d'imputer sur les déductions ou autres droits tout ou partie du mobilier substitué [1]. Bien que le Code ait gardé le silence sur ce point, nous ne voyons pas pourquoi il n'en serait pas de même aujourd'hui. L'intervention de la justice, en ce cas, offre des garanties suffisantes pour les appelés [2].

ARTICLE 1065.

Il sera fait par le grevé, dans le délai de six mois, à compter du jour de la clôture de l'inventaire, un emploi des deniers comptants, de ceux provenant du prix des meubles et effets qui auront été vendus, et de ce qui aura été reçu des effets actifs.

Ce délai pourra être prolongé s'il y a lieu.

ARTICLE 1066.

Le grevé sera pareillement tenu de faire emploi des deniers provenant des effets actifs qui seront recouverts et des remboursements de rentes ; et ce, dans trois mois au plus tard après qu'il aura reçu ces deniers.

ARTICLE 1067.

Cet emploi sera fait conformément à ce qui aura été ordonné par l'auteur de la disposition, s'il a désigné la nature des effets dans lesquels l'emploi doit être fait ; sinon, il ne pourra l'être qu'en immeubles, ou avec privilège sur des immeubles.

ARTICLE 1068.

L'emploi ordonné par les articles précédents sera fait en présence et à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution.

SOMMAIRE.

2278. De l'emploi des deniers dont la substitution doit profiter.

2279. Délai dans lequel l'emploi doit avoir lieu.

2280. Comment l'emploi doit être fait.

2281. Du concours du tuteur à cet emploi.

COMMENTAIRE.

2278. Ces quatre articles ont pour but de tracer les règles qui doivent être observées par le grevé pour l'emploi des deniers dont la substitution doit profiter. Ces règles, que nous allons examiner rapidement, sont du reste à peu près les mêmes que celles de l'ordonnance de 1747 [3].

Disons d'abord que cette obligation d'emploi, à laquelle le grevé est soumis et qui n'était

point usitée avant l'ordonnance [4], est une précaution très-sage pour conserver les biens meubles substitués, et en empêcher la perte, la dissipation ou la diminution.

2279. L'emploi doit avoir lieu promptement, dans le délai de six mois à partir de la clôture de l'inventaire, s'il s'agit de deniers comptants compris dans la substitution, ou de deniers provenant de la vente aux enchères des effets mo-

[1] Art. 9, tit. 2.

[2] Toollier, t. V, n° 763. Grevier, n° 389. Rolland de Villargues, *Repet. de Favard*, v° *Substit.*, ch. 2, sect. 2, § 4, n° 16. Dufour, v° *Substit.*, sect. 2, art. 4.

n° 14. Coin-Delisle, n° 2, sur l'art. 1064.

[3] De l'art. 10 à l'art. 17 du tit. 2.

[4] Furgole sur l'art. 10 du tit. 2.

biliers, ou enfin de deniers reçus en paiement d'effets actifs... Ajoutons : et il s'agit d'une substitution universelle. Car, s'il s'agit d'une disposition à titre particulier, nous avons vu qu'alors la loi n'exige point d'inventaire. De quel moment dans ce cas courra le délai ? La question est de peu d'intérêt, puisque aucune nullité ne résulte de l'inobservation du délai de six mois, et que le juge, d'ailleurs, a toute facilité pour le prolonger. Dans le silence du Code, on pourrait s'adresser au juge pour le déterminer. Cela n'aurait rien d'insolite, puisque l'art. 12 du titre II de l'ordonnance enjoignait aux juges de fixer le délai dans lequel l'emploi devait être fait.

Mais le délai ne sera que de trois mois du jour de la réception de la somme, s'il s'agit de recouvrement d'effets actifs ou de remboursement de rentes opérés par les soins du grevé [1].

La loi, en exigeant un emploi aussi prompt, a voulu, dans l'intérêt surtout des appelés, que les deniers ne courussent pas le risque d'être perdus.

2280. Que si le disposant n'a point réglé la forme de cet emploi, il ne pourra être fait qu'en immeubles ou avec privilège sur les immeubles.

Il est certain, du reste, que cette expression de privilège dont se sert l'art. 1067 ne peut s'entendre ici dans le sens spécial que le Code lui donne lorsqu'il traite des privilèges et hypothèques. L'article, évidemment, entend parler simplement d'un droit de préférence hypothécaire. Le titre des privilèges et hypothèques n'a été décrété que postérieurement à celui-ci [2], et l'on ne savait encore quel système hypothécaire serait choisi. Aussi, la plupart des auteurs reconnaissent que le grevé remplira amplement son obligation de garantir son emploi, en prenant une première hypothèque sur un immeuble non grevé de privilège et d'hypothèque légale [3].

2281. Enfin, c'est en présence et à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution que doivent être faits par le grevé ces emplois et remploi. De ce concours obligé du tuteur à cet emploi, on a conclu avec raison que si le grevé laissait expirer les délais sans rien faire, le tuteur devrait le poursuivre en justice pour le forcer à trouver un emploi, et le contraindre, en attendant, à déposer les fonds à la caisse des dépôts et consignations.

ARTICLE 1069.

Les dispositions par acte entre-vifs ou testamentaires, à charge de restitution, seront, à la diligence, soit du grevé, soit du tuteur nommé pour l'exécution, rendues publiques ; savoir, quant aux immeubles, par la transcription des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation ; et quant aux sommes colloquées avec privilège sur des immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilège.

SOMMAIRE.

2282. De la transcription des substitutions.

2283. Nécessité d'une deuxième transcription dans le cas

prévu par l'art. 1052.

2284. Qui doit faire faire la transcription.

COMMENTAIRE.

2282. Nous venons d'examiner les diverses précautions tracées par la loi dans l'intérêt des appelés. Nous entrons maintenant dans une série de mesures ordonnées surtout au point de vue du crédit et de l'intérêt des tiers.

La principale consiste dans la publicité de la substitution. Cette publicité s'obtient, en ce qui concerne les substitutions d'immeubles, par la

transcription sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation ; en ce qui concerne les sommes colloquées avec privilège sur des immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilège.

Dans l'ancien droit français, la publicité des substitutions avait fait également l'objet des préoccupations du législateur, qui avait voulu

[1] Art. 13 du tit. 2 de l'ordonnance.

[2] Le titre des *Privilèges et Hypothèques* fut décrété le 19 mars 1804 ; celui des *Donations et Testaments* l'avait été le 3 mai 1803.

[3] Toullier, t. V, n° 760. Rolland de Villargnes, loc.

cit., n° 25. Duranton, t. IX, n° 374. Coin-Delisle, n° 1, sur l'art. 1067. Vazeille même va plus loin ; il décide (n° 1, sur l'art. 1067) que l'on pourrait, suivant les circonstances, se contenter d'une hypothèque de deuxième ou de troisième ordre.

mettre les substitués à l'abri des fraudes que pratiquaient les grevés en celant le contenu des testaments et donations portant création de la substitution. Elle fut d'abord commandée par l'édit du mois de mai 1553 (1), qui exigea que toute substitution fidéicommissaire fût publiée, insinuée et enregistrée dans les trois mois; l'ordonnance de 1556 (2) confirma ces dispositions, et accorda un délai de six mois pour la publication et l'enregistrement des substitutions fidéicommissaires. Enfin, l'ordonnance de 1747 (3) développa les moyens propres à assurer de plus en plus la publicité des substitutions. Elle voulut qu'indépendamment de l'insinuation, les substitutions fussent rendues publiques, dans les six mois, par des publications faites à l'audience et par enregistrement au greffe, et que la communication des registres fût donnée à tous requérants.

Ces formalités ont été réduites par le Code à la transcription de l'acte au bureau des hypothèques. Nous n'avons point à nous expliquer de nouveau ici sur cette formalité, et nous renvoyons à ce que nous en avons déjà dit dans notre commentaire des articles 939 et suivants (4).

2283. Faisons toutefois observer ici que, quand il s'agit d'une disposition par acte entre-vifs, qui, d'après le droit commun, est sujette à la transcription, cette transcription, exigée par

l'art. 939, se confond avec celle qu'impose notre article. Sans cela, on tomberait dans un double emploi coûteux et inutile.

Cependant il pourra arriver qu'il faudra une deuxième transcription, c'est lorsque l'hypothèse prévue par l'article 1062 se réalisera, c'est-à-dire, lorsque en faisant une seconde libéralité, le disposant assigne la charge de rendre à une donation antérieure faite purement et simplement.

2284. C'est le grevé ou le tuteur à la substitution qui doit faire faire la transcription et les inscriptions.

Aucun délai ne leur a été imposé par le Code pour qu'ils aient à accomplir cette formalité. C'est à tort qu'on a prétendu (5) que le délai de six mois, à compter du décès du testateur ou de l'acte de disposition entre-vifs, fixé par l'ordonnance de 1747, devait revivre de plein droit en présence de ce silence de notre article. Mais il est évident que l'on ne peut invoquer les dispositions d'une loi abrogée, pour régler un délai et une déchéance, sous prétexte que la loi actuelle aurait omis de se prononcer. Seulement, si le défaut de transcription occasionne un préjudice, le grevé sera responsable envers les appelés, privés par son fait d'un défaut de recours contre les tiers qui auraient contracté avec lui dans l'ignorance légale de la substitution (6) : c'est ce que l'on va voir dans l'article suivant.

ARTICLE 1070.

Le défaut de transcription de l'acte contenant la disposition, pourra être opposé par les créanciers et tiers acquéreurs, même aux mineurs ou interdits, sauf le recours contre le grevé et contre le tuteur à l'exécution, et sans que les mineurs ou interdits puissent être restitués contre ce défaut de transcription, quand même le grevé et le tuteur se trouveraient insolvable.

SOMMAIRE.

2285. Quelles personnes peuvent se prévaloir du défaut de transcription.

2286. A qui peut être opposé le défaut de transcription.

2287. Ce que le Code dit du défaut de transcription doit s'appliquer au défaut d'inscription.

COMMENTAIRE.

2285. Cet article, qui est emprunté à l'article 52 du titre II de l'ordonnance de 1747, explique par qui et à qui peut être opposé le défaut de transcription.

Les personnes qui peuvent se prévaloir de l'omission de la transcription, sont les créanciers et les tiers acquéreurs, c'est-à-dire, dit Furgole (7), d'après Maynard (8) : « Tous ceux

[1] Art. 4.

[2] Art. 37.

[3] Tit. 2, de l'art. 18 à l'art. 34.

[4] Nos 1147 et suiv.

[5] Moleville, *Analyse sur le Code*, sur l'art. 1069.

Laporte, *Pandectes françaises*, sur l'art. 1069.

[6] Art. 7 du tit. 2.

[7] Sur l'art. 52 du tit. 2.

[8] L. 5, ch. 35.

« qui ont contracté avec le grevé à titre non gratuit, soit pour établir quelque créance, ou pour acquérir les biens substitués, même ceux qui ont quasi-contracté avec le grevé, quand même le contrat ou le quasi-contrat serait antérieur à la délation des biens substitués. » Les tiers sont censés ignorer la substitution, tant que la publicité légale ne l'a pas portée à leur connaissance. Ils ont pu contracter avec le grevé, acheter les biens substitués, suivre sa foi, sans qu'on puisse leur opposer le droit des appelés qui est resté dans l'ombre. Ainsi le veulent les lois du crédit et la sûreté des transactions.

2286. Il suit de là que les personnes contre lesquelles le défaut de transcription peut être invoqué sont tous les appelés, de quelque âge, état et condition qu'ils soient, non-seulement les majeurs qui sont capables d'agir, mais encore les mineurs et interdits.

Et la sollicitude de la loi est si grande ici pour les intérêts des tiers, que les mineurs et interdits ne peuvent se faire restituer contre le défaut de transcription, alors même que le grevé et le tuteur se trouvent insolvables.

Cette dernière disposition avait fait longtemps difficulté entre les auteurs; les uns accordant, les autres refusant la restitution dans ce cas aux mineurs et aux interdits. Une déclaration du roi, du 18 janvier 1712, avait tranché la question en faveur de ces derniers (1). C'est aussi dans le même sens que l'ordonnance et le Code l'ont décidé.

2287. Faisons observer ici que, bien que notre article ne parle que du défaut de transcription, il doit s'appliquer aussi au défaut d'inscription, lorsque cette inscription est exigée dans le cas de l'art. 1069.

ARTICLE 1071.

Le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celle de la transcription.

SOMMAIRE.

2288. La transcription est une formalité intégrante sans laquelle la transcription ne peut avoir d'effet

vis-à-vis des tiers.

2289. Renvoi.

COMMENTAIRE.

2288. Il est même que l'ordonnance (2), cet article refuse d'admettre que les créanciers ou tiers acquéreurs puissent avoir connaissance de la substitution par d'autres voies que celle de la transcription. Ainsi, la transcription est une formalité intégrante sans laquelle une substitution ne peut avoir aucun effet vis-à-vis des créanciers et des tiers acquéreurs (3), et il im-

porterait peu que celui qui aurait contracté avec le grevé eût assisté comme témoin à l'acte de substitution et qu'il l'eût signé. C'est ce qu'a jugé avec raison un arrêt du parlement de Toulouse du 21 mai 1728 (4).

2289. L'observation que nous avons faite au sujet de l'article précédent, sur le défaut d'inscription, s'applique pareillement à cet article (5).

(1) Furgole, *loc. cit.*

(2) Art. 33 du tit. 2.

(3) Furgole sur l'art. 33 du tit. 2. *Supra*, n° 1181.

(4) Furgole sur l'art. 23 de l'ord. de 1735.

(5) *Supra*, n° 2287.

ARTICLE 1072.

Les donataires, les légataires, ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition, ni pareillement leurs donataires, légataires ou héritiers, ne pourront, en aucun cas, opposer aux appelés le défaut de transcription ou inscription.

SOMMAIRE.

2290. Explication de cet article.

COMMENTAIRE.

2290. Aux règles précédentes il y a une exception, et il est des personnes à l'égard desquelles les substitutions conservent, quoique non transcrites, leur entier effet. Ce sont, d'après notre article, d'abord les donataires, les légataires, et même les héritiers légitimes de ceux qui tiennent leurs droits à titre gratuit du disposant. Cette double disposition est copiée sur l'ordonnance de 1747 [1], qui l'avait elle-même empruntée à la déclaration du roi du 16 janvier 1712 [2].

Il est facile de comprendre pourquoi ces personnes ont été placées dans une condition autre que celle des créanciers et des tiers acquéreurs ; quand ceux-ci sont poursuivis par l'éviction, « *certant de damno vitando* » ; ceux-là au con-

traire « *certant de lucro captando* ». On peut recourir à ce que nous avons exposé ci-dessus n° 1177 et suivants [3] ; on y trouvera la solution d'une autre question agitée entre Grenier, d'une part [4], et Delvincourt [5] et Duranton, d'autre part [6], qui consiste à savoir s'il est interdit à un second donataire d'opposer le défaut de transcription non-seulement aux appelés, mais encore au grevé. Il est acquéreur à titre gratuit, et il ne saurait se prévaloir d'un droit qui n'a été établi qu'en faveur des acquéreurs et créanciers à titre onéreux. Entre personnes qui se disputent un gain, la loi ne s'écarte pas de ces deux règles : 1° *Prior tempore, potior jure est* ; 2° Nul ne peut transmettre à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même.

ARTICLE 1073.

Le tuteur nommé pour l'exécution sera personnellement responsable, s'il ne s'est pas, en tout point, conformé aux règles ci-dessus établies pour constater les biens, pour la vente du mobilier, pour l'emploi des deniers, pour la transcription et l'inscription, et, en général, s'il n'a pas fait toutes les diligences nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement exécutée.

SOMMAIRE.

2291. De la responsabilité du tuteur à la substitution.

COMMENTAIRE.

2291. Après avoir prescrit les mesures à prendre dans l'intérêt des appelés et dans l'intérêt des tiers ; après avoir indiqué quel est le devoir du tuteur à la substitution dans les différents cas qu'elle a passés en revue, la loi déclare expressément le tuteur personnellement responsable, s'il ne s'est pas, en tout point,

conformé aux règles ci-dessus établies. Toutefois elle n'attache point à sa gestion la garantie de l'hypothèque légale, à laquelle sont soumis les liens des tuteurs ordinaires. Cette différence tient sans doute à ce que les fonctions du tuteur à la substitution n'ont ni l'importance, ni l'étendue de celles du tuteur du mineur ou de l'interdit.

[1] Art. 34 du tit. 2.

[2] Furgole sur l'article précité.

[3] Thévenot, n° 735.

[4] N° 380.

[5] T. II, p. 418.

[6] T. IX, n° 580. *Junge* Dalloz, sect. 2, art. 3, n° 12.

ARTICLE 1074.

Si le grevé est mineur, il ne pourra, dans le cas même de l'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre l'inexécution des règles qui lui sont prescrites par les articles du présent chapitre.

SOMMAIRE.

2292. Utilité de cette disposition.

COMMENTAIRE.

2292. Nous avons vu [1] que, bien qu'il y ait un tuteur nommé pour l'exécution de la substitution, le tuteur du grevé, dans le cas de minorité de celui-ci, n'est pas affranchi de responsabilité; il pourra donc arriver que le grevé ait un recours à exercer contre son tuteur. Mais alors, et c'est ce que cet article a pour but de décider, le grevé ne pourra se prévaloir de

l'insolvabilité de son tuteur, pour se faire restituer contre l'inexécution des règles à l'observation desquelles le tuteur était tenu de veiller.

L'art. 1070 avait pris soin de le décider ainsi à l'égard du tuteur à la substitution qui avait négligé de faire faire la transcription. Il était utile de poser la même règle d'une manière plus générale vis-à-vis du tuteur ordinaire. Il n'aurait pas été juste, en effet, que la minorité du grevé pût nuire aux tiers ou aux appelés.

[1] *Supra*, no 2252.

CHAPITRE SEPTIÈME.

DES PARTAGES FAITS PAR PÈRE, MÈRE, OU AUTRES ASCENDANTS,
ENTRE LEURS DESCENDANTS.

ARTICLE 1073.

Les père et mère et autres ascendants pourront faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens.

SOMMAIRE.

2293. But et utilité du partage d'ascendant. — Ce qui le distingue de la démission de biens.
 2294. Origine historique. — Droit romain. — Différence entre le testament *inter liberos* et le partage *inter liberos*.
 2295. Du droit coutumier. — Variété des coutumes. — Traits communs par lesquels le droit coutumier se distingue du droit romain.
 2296. Dans notre chapitre, il s'agit du partage fait par les ascendants et non par les collatéraux. — Le pouvoir de l'ascendant est soumis à des règles, dans l'intérêt des enfants.
 2297. Le père qui fait le partage de ses biens n'en a pas moins le droit de donner à l'un de ses enfants le disponible par préciput.
 2298. Le partage se fait par donation ou par testament.
 2299. Il l'initie, mais pas en tout, la succession naturelle.
 2300. Du véritable caractère du partage *inter liberos*. — Fait entre-vifs, il n'est ni une donation proprement dite, ni un avancement d'hoirie.
 2301. Il est toutefois révoqué pour inexécution des conditions, comme une donation.
 2302. Fait par testament, il n'est pas un legs véritable. — Conséquences.
 2303. Suite. — La représentation est admise, sauf pour le préciput, qui est un véritable legs.
 2304. Le père doit suivre les règles d'un partage ordinaire, mais seulement celles qui sont essentielles, par exemple l'égalité dans la composition des lots.
 2305. L'enfant qui a accepté un lot du vivant de son père est-il recevable à contester, après la mort de celui-ci, l'équitable composition de ce lot?
 2306. De la clause par laquelle le père donne par préciput ce qui se trouve dans un lot de plus que dans un autre.
 2307. Le partage *inter liberos* a les effets d'un partage ordinaire.

COMMENTAIRE.

2293. Notre article donne aux pères, aux mères et aux autres ascendants la plus douce magistrature, en leur confiant le pouvoir de faire, entre leurs enfants, le partage de leurs biens [1].

Cet acte du père de famille est connu dans la jurisprudence sous le nom d'abandonnement de biens ou de partage d'ascendant [2]. Ce n'est pas la démission de biens connue dans l'ancien régime [3]. Car, même autrefois et lorsque la démission de biens était légalement pratiquée, on la distinguait du partage *inter liberos*. La démission ne contenait pas nécessairement un partage; elle ne se confondait avec le partage

inter liberos qu'autant que le démettant la faisait entre les personnes et avec les conditions auxquelles convenait le partage *inter liberos*.

C'est quelquefois par testament que le père fait le partage de ses biens entre ses enfants. Son but est alors de distribuer sa succession de manière à faire régner après lui, entre ses enfants, la concorde et l'union. Mais plus souvent, c'est par voie de donation entre-vifs que l'ascendant procède. Lorsqu'un père sent le poids de l'âge et que l'heure du repos a sonné pour lui, il trouve dans ses enfants des successeurs naturels qui, en prenant ses biens par anticipation, le déchargent d'une administra-

[1] Favard de Langlade, *Rapport du tribunal* (Fenet, t. XII, p. 644. Locré, t. XI, p. 509).

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Partage d'ascendants*.

[3] *Supra*, n° 35. Genty, *Du partage d'ascendants*, n° 51. Zachariae, t. V, p. 469, § 738, note 1.

tion pénible et assurent à ses vieux jours, au moyen d'une pension, une existence honorée et exempte de soucis. Non-seulement il s'assure par là que sa mort ne sera pas suivie de dissensions domestiques, mais de plus il jouit, par avance, de la paix qui lui survivra, grâce à la sagesse de ses dispositions et à sa confiance dans ses enfants. C'est pourquoi les partages anticipés entre enfants sont très-usités dans beaucoup de provinces de France. Ils y produisent d'excellents effets.

Vainement la subtilité du droit opposerait-elle que les partages anticipés blessent le principe d'après lequel on ne peut pactiser sur une succession future. La magistrature paternelle exercée sur le foyer domestique pour en bannir les discordes a un caractère si respectable et si tutélaire, qu'il n'y a pas à craindre avec elle les inconvénients ordinairement attachés aux pactes sur les successions futures. Elle empêche les débats, au lieu de les faire naître; elle est utile à la famille, au lieu de lui créer des embarras. Qu'y a-t-il de plus favorable que cette intervention du père, qui prévient heureusement l'office des experts, des arbitres et des juges, qui dispense des formalités et des lenteurs ordinaires, tout en conservant les droits de chacun? Salomon dit très-bien dans ses proverbes : « *Sapiens a dominabitur filius stultis et inter fratres hereditatem dividet* [1]; » et c'est le cas de répéter avec la loi des Douze Tables : « *Arbitrium patris summum iudicium esto.* »

2294. Comme le droit consacré par notre article est une sorte d'effet de la puissance paternelle [2], son origine se perd dans la nuit des temps [3]. On en trouve les traces juridiques dans le droit romain, dans les formules [4] et capitulaires [5], et dans les coutumes.

Les textes du droit romain qui en ont parlé ont été l'objet d'une difficile étude, ainsi qu'on peut le voir par les discussions auxquelles se livre Furgole [6]. Comme la nouvelle 107, qui formait sur ce point le dernier état de la jurisprudence, réglait en même temps les formes du testament *inter liberos*, et du partage *inter libe-*

ros, il est arrivé qu'on a souvent confondu ensemble ces deux genres d'actes, et de là sont nées de longues controverses. Mais ces deux choses sont très-différentes l'une de l'autre, comme l'établit Furgole [7]. En effet, l'institution solennelle était requise dans le testament *inter liberos*, et le testateur devait exprimer les parts pour lesquelles il faisait ses enfants héritiers. Dans les partages *inter liberos*, au contraire, qui étaient plutôt de simples actes du droit naturel [8] et des dispositions *ab intestat*, le père de famille n'était pas obligé d'observer la formalité de l'institution héréditaire; et cette faculté, d'après la nouvelle 107, s'étendait à tous les ascendants, sans distinction de sexe.

Nous ne nous arrêtons pas à mettre les auteurs d'accord sur les formalités nécessaires dans les pactes *inter liberos*. On peut consulter Favre [9], Mantica [10], Voet [11] et Furgole [12]. L'ordonnance de 1735 [13] les régla d'une manière définitive. Elle voulut, ou que l'acte de partage fût fait en présence de deux notaires ou tabellions, ou d'un seul notaire et de deux témoins, ou qu'il fût entièrement écrit, daté et signé de la main du partageant.

2295. Dans les pays coutumiers, le partage entre enfants n'était pas de droit commun [14]; il n'était admis que dans certaines coutumes, telles que celles de Bretagne [15], Poitou [16], Bourbonnais [17], Nivernais [18], Bourgogne [19], Amiens [20], Péronne [21], etc., et il s'y pratiquait avec des règles différentes et spéciales qui variaient suivant le caprice du statut. Ici le droit était restreint aux père et mère; là, il s'étendait jusqu'aux collatéraux. Mais dans tous les cas, il se distinguait par des côtés remarquables du partage *inter liberos* pratiqué en droit romain.

En effet, suivant les règles du droit romain, le partage *inter liberos* pouvait être fait de tous les biens ou de quelques biens seulement, comme le prouvent les lois 20, §§ 3 et 21, C., *Familiae eriscunda*, et particulièrement la nouvelle 18, chap. 7, portant : « *Si quis voluerit a suas res aut dividere, aut omnes, aut etiam*

[1] Ch. 17, versic. 2.

[2] Brodeau sur Lamer, lettre P, somm. 24, n° 7.

[3] Deutéronome, ch. 21, versic. 15.

[4] « *Veteres incerti auctoris formulae secundum legem romanam.* » (C. 21, 22.)

[5] L. 7, c. 248.

[6] Testam., ch. 2, sect. 1, nos 50 et suiv. L. 16, C., *Familiae eriscunda*. L. 21, § 1, C., *De testam.* Ulpian., 20, § 4, D., *Famil. eriscunda*. Nouvelle 13, cap. 7. Nouvelle 107. Pothier, Pand., t. II, p. 179, n° 145.

[7] Testam., ch. 8, sect. 1, nos 145 et suiv.

[8] Ulpian., l. 20, § 5, D., *Famil. eriscunda*.

[9] C., lib. 6, t. V, defn. 27.

[10] De conject. ultim. vol., lib. 6, t. II, n° 2.

[11] Ad Pand., Qui testam. facere possunt, n° 15.

[12] Ch. 2, sect. 1, n° 57.

[13] Art. 15, 16, 17, 58.

[14] Lebrun, Success., l. 4, ch. 1, n° 8 et suiv.

[15] Art. 560.

[16] Art. 216.

[17] Art. 216.

[18] Tit. Des success., art. 17.

[19] Tit. Des success., art. 7, § 9.

[20] Art. 24.

[21] Art. 107.

« aliquas fortè relinquare præcipuas. » De plus, il pouvait être fait au profit de quelques enfants seulement ; car, comme nous l'avons dit, la préterition n'y était pas un moyen de nullité : c'était alors une espèce de précéput.

Dans les pays coutumiers, au contraire, le partage devait être fait entre tous les enfants, et il devait comprendre tous les biens existants à l'époque où il était fait. Au surplus, soit dans les pays de droit écrit [1], soit dans les pays coutumiers [2], le père pouvait créer entre ses enfants des inégalités, pourvu que les légitimes restassent intactes.

Enfin le partage *inter vivos*, soit en pays de droit écrit, soit en pays de coutume, avait un caractère ambulatorio, même lorsqu'il avait été qualifié de donation entre-vifs et qu'il avait été insinué [3]. On exceptait le cas où il était fait par contrat de mariage [4], et celui où le père avait opéré une tradition réelle à ses enfants moyennant une pension annuelle [5].

2296. Le Code Napoléon, suivant son habitude, a porté la clarté et la précision dans cette matière.

Et d'abord le partage, dont notre chapitre 7 trace les règles, ne concerne que la distribution des biens entre enfants et petits-enfants par les ascendants. Les art. 1075 et suivants ne sont pas faits pour les collatéraux, lesquels restent sous l'empire du droit commun pour la libre disposition de leur succession par donation et testament [6]. Le partage qu'un oncle ferait à ses neveux vaudrait comme libéralité ordinaire, sans que les aléandonnataires, envers lesquels le disposant n'est tenu à rien, puissent se plaindre du vice de préterition et de lésion dont les enfants peuvent se faire un grief. Mais les pères ont moins de liberté envers leurs enfants. Quoique la puissance paternelle se manifeste ordinairement par l'affection et la justice, elle n'est pourtant pas tout à fait exempte de certains excès, et le législateur a dû prendre des mesures de précaution pour protéger le droit des enfants contre la possibilité de l'arbitraire du père. De là, l'art. 1078, qui veut que le partage *inter vivos* ne soit valable qu'autant que tous les enfants y sont appelés, parce que, la nature les appelant tous, il ne dépend pas du

père d'en omettre un seul. De là encore l'article 1079 qui proclame chez les enfants un droit antérieur de copropriété, et le proclame tellement sacré qu'une action en lésion leur est ouverte. Il semble que, par le partage, l'enfant reçoive moins une libéralité que sa propre chose, et que le père ne puisse pas plus qu'un expert ou un liquidateur s'écarter, dans la formation des lots, de l'égalité qui est la loi ordinaire des partages de succession.

2297. Cependant, s'il est vrai que le père ne puisse, en tant qu'arbitre, rompre d'une manière sensible l'égalité entre enfants, il peut, en vertu de sa magistrature paternelle, disposer de la portion disponible par voie de précéput, et coordonner son partage avec une telle préférence [7]. Le pouvoir de faire un partage entre enfants n'a pas été créé et reconnu pour enlever au père l'exercice de son droit si utile et si salutaire sur la portion disponible.

2298. L'après le Code Napoléon, le partage peut se faire, soit par donation, soit par testament [8]. Par testament, il est soumis à la volonté ambulatorio de l'homme ; par donation, il est irrévocable et devient la loi de la famille, même avant la mort du disposant.

2299. Enfin, il n'importe que dans une certaine mesure la succession naturelle, et le Code n'est pas aussi strict à cet égard que l'ancienne jurisprudence coutumière. Le père peut, à la rigueur, ne faire qu'un partage partiel (article 1077). N'oublions pas, cependant, que le partage doit être fait entre tous les enfants (article 1078), comme dans la succession *ab intestat*, ainsi que nous l'avons dit tout à l'heure.

2300. A la suite de ces notions, on se demande quel est le véritable caractère des partages *inter vivos*.

On ne saurait entièrement les assimiler aux donations ordinaires entre-vifs et aux avances d'honneur [9]. Il y a, en effet, des différences très-graves dans leurs causes, leurs motifs et leurs effets. Si, sous certains rapports, les partages sont des libéralités, ils sont, sous d'autres rapports, l'accomplissement d'obligations légales et de devoirs naturels imposés aux ascendants. Ils ont lieu avec le concours et l'acceptation de toute la famille. Ils sont soumis à

[1] L. ult., C. De pactis. Manlien, De conject. ultim. col., l. 6, t. II, n° 15 : « Sed et si hoc presumptio sit recte » penda ut pater voluerit filios esse aequales, tamen nemini » dubium est quin pater possit filios ex inæqualibus inæqualiter, dummodò eorum legitimam non diminuat. » Ulliger sur Donau dit de même : « Unde apparet calere, » et inæqualiter liberi instituti. Nam si æqualiter omnino » nulla utilitas. » Junge Fuchsin, Controv., l. 4, cap. 2.

[2] Bretagne, art. 560. Coquille sur Nivernais, tit. Des successions, art. 17.

[3] Brodeau sur Louet, lettre P, somm. 24, n° 7 et 8. Nivernais, loc. cit., 8. Capitulaire, lib. 7, c. 248.

[4] Lebrun, loc. cit., n° 12 et 14.

[5] Grenier, Dissert. prélim., t. I, p. 150 (édit. Bayle-Mouillard).

[6] Zacharie, t. V, p. 470.

[7] Art. 1079. Zacharie, t. V, p. 471.

[8] Art. 1076.

[9] Supra, n° 964. Cassat., 29 juillet 1836 (Devill., 36, 1, 390).

l'action en rescission pour lésion; ils préviennent de graves difficultés sur l'époque à prendre pour les estimations des biens et sur leurs résultats définitifs [1]. L'enfant qui reçoit son lot des mains de son auteur, reçoit un bien qui lui est, pour ainsi dire, commun avec ce dernier, et qui dans tous les cas, devait lui revenir nécessairement, par l'ordre de la nature et de la loi. Le partage n'a donc pas tous les caractères de la donation proprement dite. Il est encore moins un avancement d'hoirie. La donation en avancement d'hoirie est soumise au rapport, et ce rapport prépare le partage. Mais ce lot reçu par l'enfant est le partage lui-même; il est définitivement acquis, et loin de devoir rentrer dans la masse, il est la fraction détachée de la masse pour remplir chacun des ayants droit.

2301. Mais bien que se distinguant par des nuances remarquables de la donation proprement dite, le partage peut, comme la donation, être révoqué pour inexécution des conditions, si l'enfant abandonataire ne remplit pas envers son père les obligations auxquelles il s'est soumis par le contrat [2].

2302. Si le partage fait entre-vifs n'est pas une donation proprement dite, le partage fait par testament n'est pas davantage un legs véritable. Les raisons en sont évidentes par ce que nous avons dit au n° 2300.

De là les conséquences suivantes.

Et d'abord, les dispositions testamentaires n'ont d'effet que par l'acceptation, et elles s'écroulent par la répudiation des légataires, toujours maîtres d'accepter ou de répudier. C'est pourquoi le fils gratifié par le testament de son père a le droit de renoncer au don pour s'en tenir à sa réserve. Il n'en est pas de même dans le partage *inter vivos*. Un enfant apportionné n'a pas la faculté de déclarer, malgré ses frères, qu'il préfère au lot composé par le père le lot qui lui obviendra par le partage *ab intestat*. Le partage est la loi commune. Cette loi est obligatoire, et le fils doit la subir, tant que le père ne s'est pas écarté des dispositions de notre chapitre. Ce dont il est apportionné est la succession *ab intestat* même, divisée par le meilleur de tous les arbitres.

2303. Cette conséquence conduit à une autre, et il faut dire que le prédécès d'un des en-

fants ne fait pas évanouir le partage, comme il ferait évanouir un véritable legs. L'enfant, dont le lot a été fait dans le partage, sera représenté, conformément au droit commun, par ses descendants. Le père n'a fait, à vrai dire, qu'un partage de succession; les règles de la succession sont donc seules applicables, et la représentation en ligne directe doit produire son effet [3]. Je voudrais cependant apporter une exception à ceci, dans le cas où l'enfant prédécédé aurait reçu, dans le partage testamentaire, un avantage par préciput. En effet, le préciput est un véritable legs; bien que contenu dans un partage, il n'en est pas moins soumis au droit commun.

2304. Le père de famille n'est nullement astreint à se soumettre indistinctement à toutes les règles qui régissent les partages ordinaires; car la loi lui enlèverait d'une part ce qu'elle lui accorde de l'autre. Il suffit qu'il ne s'écarte pas des règles qui sont de l'essence des partages.

Parmi ces règles domine celle qui veut la juste et égale distribution des biens dans chaque lot, selon leur qualité et valeur (art. 816, 832, 855, Code Napoléon). Le père de famille doit la respecter, et le partage qui, sans nécessité, donnerait tous les immeubles à l'un et tout l'argent à l'autre, devrait ou être annulé [4], ou du moins complété, aux termes de l'article 833 du Code Napoléon, par une compensation [5]. Autrement le père, sous prétexte de faire un partage, aurait un moyen de priver ses enfants d'un droit attaché par la loi à leur réserve. Si cependant un ou plusieurs de ses biens ne pouvaient pas se partager commodément, le père pourrait composer les parts d'enfant en tenant compte de cette circonstance, et il n'y aurait pas lieu de se plaindre si, par exemple, un lot comprenait l'immeuble impartageable, et l'autre, des valeurs mobilières correspondantes [6]. Noter pourtant que l'enfant, apportionné avec ce dernier lot, serait fondé à prouver que le fait d'impartageabilité n'a été qu'un prétexte mis en avant par le père pour sortir des règles d'un partage équitable et légal [7].

Du reste, il est toujours au pouvoir du père, en ne réduisant aucun de ses enfants à une position moins avantageuse que celle des autres, de combiner et de modifier cette distribution elle-même, de manière à satisfaire le mieux pos-

[1] Dijon, 11 mai 1844 (Devill., 44, 2, 669 et 670).
[2] Limoges, 21 juin 1836 (Devill., 36, 2, 592, Dalloz, 37, 2, 30).

[3] *Infra*, n° 2320, sur l'art. 1078.

[4] Cassat., 16 août 1826 (Dalloz, 26, 1, 434. *Journal du Palais*, 1826, t. XX, p. 809. Devill., 8, 1, 410).
Cassat., 12 août 1831 (Devill., 32, 1, 879). Cassat., 18 décembre 1848 (Devill., 40, 1, 237). Limoges,

5 avril 1856 (Devill., 37, 2, 36). Lyon, 20 janvier 1837 (Devill., 38, 2, 63). Caen, 27 mai 1843 (Devill., 43, 2, 373).

[5] Cassat., req., 12 août 1840 (Devill., 40, 1, 678).

[6] Caen, 15 juin 1835 (Devill., 38, 2, 521. Dalloz, 38, 2, 11). Agen, 10 mai 1838 (Devill., 38, 2, 373).

[7] Lyon, 20 janvier 1837 (Devill., 38, 2, 65. Dalloz, 37, 2, 48).

sible à leurs intérêts, convenances et situations respectives, et assurer par là la paix de la famille [1]. Les enfants auraient mauvaise grâce à se révolter contre ces combinaisons équitables, sous prétexte de quelques inexactitudes minutieuses dans la composition des lots. On sait d'ailleurs que l'article 832 lui-même reconnaît que, dans son application, il est susceptible d'être modifié par les faits [2].

Il y a plus, et le père, qui doit quelquefois être investi d'un arbitraire utile dans l'intérêt des siens, pour la prospérité de leur avenir et la facilité de leur établissement, a un moyen légitime d'imposer sa volonté à ses enfants, ainsi qu'on l'a vu ci-dessus [3], par un exemple où un père n'avait pas voulu que sa prévoyance, bien que s'écartant des règles tracées par les articles précités du Code, vint se briser contre des prescriptions légales, excellentes sans doute en général, mais trop absolues dans un cas particulier.

2305. On demande si lorsque l'enfant a reçu son lot en argent du vivant du père, il n'est pas non recevable, après sa mort, à contester son fait volontaire d'acceptation. La cour de Caen a décidé, en pareil cas, que la fin de non-recevoir est de nature à être prise en considération par les tribunaux [4]. Et néanmoins, il faut être soigné d'une telle fin de non-recevoir. L'enfant obéit en général à l'autorité paternelle; il cède à une crainte révérentielle dont il faut le louer et non le punir. On verra plus tard [5] que l'en-

fant, qui a reçu de son père un lot dans lequel il est lésé, a, malgré cette réception, une action en lésion autorisée par l'article 1079 du Code Napoléon. S'il est recevable en pareil cas, pourquoi serait-il non recevable dans le nôtre? Enfin, il est constant en jurisprudence [6] que l'enfant qui souffre de la mauvaise composition de son lot n'est pas recevable, pendant la vie du disposant, à élever des plaintes qui porteraient atteinte au respect dû à l'autorité paternelle. Comment donc une fin de non-recevoir pourrait-elle ressortir d'une situation que l'enfant est tenu d'accepter et de supporter en silence?

2306. Comme les partages d'ascendants ont pour but principal de prévenir les difficultés des partages ordinaires et des liquidations, on insère quelquefois dans les actes une clause portant que si le père n'a pas atteint l'égalité qu'il a cherché à établir, le plus ou moins de valeur de chacun des lots restera à l'avantage ou au désavantage de ceux auxquels ils sont attribués, faisant au besoin donation entre-vifs et par préciput, de la plus-value à ceux des enfants dans le lot desquels il pourra s'en trouver [7]. Cette clause est très-prudente, elle est valable et doit être respectée [8].

2307. Les partages *inter liberos*, étant une distribution officieuse de la succession du disposant, ont entre les copartageants les mêmes effets que les partages ordinaires. La garantie des lots y a lieu [9], ainsi que le privilège établi par l'article 2103, n° 3, du Code Napoléon.

ARTICLE 1076.

Ces partages pourront être faits par actes entre-vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments.

Les partages faits par acte entre-vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents.

SOMMAIRE.

2308. Le partage d'ascendant change de nature et d'effets, suivant la forme adoptée par l'ascendant.
— Conséquences.
2309. Suite. — De la révocabilité. — Des biens qu'il peut comprendre.
2310. Suite. — De la dévolution des dettes.
2311. Des dettes quand le partage est partiel.
2312. Des dettes postérieures au partage fait par acte

entre-vifs.

2313. Du compte que le père doit tenir, dans le partage de sa succession, des dons qu'il a déjà faits à ses enfants, soit par préciput, soit en avancement d'hoirie.
2314. De la promesse d'égalité que le père aurait faite à l'un de ses enfants.

[1] Cassat., req., 26 mars 1843 (Devill., 47, 4, 120).

[2] Cassat., req., 12 août 1840 (Devill., 40, 1, 678).

[3] N° 267.

[4] 27 mai 1843 (Devill., 45, 2, 575). *Juge Zacharie*, t. V, p. 473. Durenton, t. IX, n° 638.

[5] *Infra*, n° 2336.

[6] *Infra*, n° 2333.

[7] Espèce d'un arrêt de Dijon du 11 mai 1844. (Devill., 44, 2, 669).

[8] Cassat., req., 1^{er} mars 1831 (Devill., 31, 4, 100). Dalloz, 31, 4, 80). Lyon, 6 mars 1829 (Devill., 19, 460. Dalloz, 29, 2, 175). *Supra*, n° 267.

[9] Zacharie, t. V, p. 484.

COMMENTAIRE.

2308. Bien que nous ayons dit ci-dessus que les partages entre enfants ne sont ni de véritables donations, ni de véritables legs, ils touchent cependant de très-près à ces genres de dispositions; ils y touchent surtout par la forme. Notre article les assujettit aux formes, conditions et règles des donations entre-vifs ou des testaments. Remarquez ces derniers mots : « conditions et règles ; » ils sont dignes de considération. Toutes les fois donc que la nature des choses n'y répugnera pas, il faudra appliquer aux partages *inter liberos* les règles des donations, si c'est entre-vifs que le père a partagé ses biens [1], ou les règles des testaments, si c'est la forme testamentaire qu'il a préférée. De ceci, il faut conclure que les partages *inter liberos* échangent de nature suivant qu'ils sont faits dans la forme testamentaire, ou dans la forme de donation entre-vifs.

2309. S'ils sont faits par testament, ils suivent la nature et les conditions de ce genre d'actes; ils sont essentiellement révocables et ne peuvent avoir d'effet que par la mort du disposant. Ils peuvent comprendre les biens présents et à venir.

S'ils sont faits par acte entre-vifs, ils ont un effet présent, ils sont irrévocables et lient le donateur, qui se dépouille irrévocablement de la propriété de ses biens pour la transférer à ses enfants.

Et comme la donation ne peut porter que sur les biens présents et qu'elle a pour condition l'acceptation du donateur, il s'ensuit que les partages *inter liberos*, faits par donation, ne peuvent avoir pour objet que les biens présents, et que de plus ils doivent être acceptés.

2310. Voici une autre conséquence de l'application des règles et conditions de la donation aux partages *inter liberos*.

Lorsque le partage s'effectue par un abandonnement actuel et en vertu d'une donation entre-vifs de tous les biens présents, les enfants saisis de tout l'actif du disposant sont, par suite, tenus de ses dettes, chacun pour sa part et portion [2]. Le père a hâté par sa volonté une démission qui n'aurait eu lieu que par sa mort. Et toutes les circonstances indiquent qu'en se dé-

chargeant des biens, il a voulu aussi se décharger des dettes [3], ainsi que cela aurait eu lieu si la mort eût ouvert sa succession. Les dettes suivront donc le sort des biens [4]; elles se diviseront avec les valeurs actives que les enfants ont reçues, et ces derniers seront tenus directement et personnellement envers les tiers; ce qui n'empêchera pas ceux-ci de conserver leur action contre le disposant, qui, par son propre fait, n'a pu leur enlever le droit résultant de leur contrat.

2311. Mais cette dévolution des dettes résultant de la nature de l'acte et de l'intention présumée des parties n'aurait pas lieu, si le partage fait par le disposant ne comprenait pas tous ses biens présents. En pareil cas, on ne pourrait pas dire qu'il a voulu imiter la succession *ab intestat*, et l'on rentrerait sous l'empire du principe d'après lequel le donataire particulier n'est pas tenu directement et personnellement des dettes.

2312. Que si le disposant, après s'être désaisi de la totalité de ses biens présents, contracte des dettes, celles-ci sont étrangères à ses enfants, et les créanciers doivent s'imputer à eux-mêmes d'avoir suivi la foi d'un débiteur qui n'offrait pas de garanties. Il est vrai que son décès ultérieur donnera ouverture à une succession nouvelle. Mais les enfants ne pourraient être tenus de ses dettes postérieures à l'abandonnement, que parce qu'il leur aurait plu d'accepter cette succession. Ce ne serait pas en vertu du partage que ces dettes retomberaient sur eux, mais en vertu de leur adhésion à l'hérédité.

2313. Nous disions, tout à l'heure, que le partage *inter liberos* fait par donation ne peut comprendre que les biens présents : de là, la question de savoir quel compte le père de famille doit tenir des dons en avancement d'hoirie qu'il a faits à quelques-uns de ses enfants, avant d'opérer le partage définitif par lequel il entend régler, avant son décès, toutes les affaires de sa succession. Ces dons en avancement d'hoirie sont-ils tels qu'on doive considérer les biens qui en font l'objet comme des biens aliénés? Ou, au contraire, doit-il les compter parmi les biens présents, sujets au partage?

[1] Par exemple, l'état descriptif, s'il s'agit de partage de mobilier (art. 948), et la transcription de la donation par rapport aux tiers (art. 939). Merlin, *v° Partage d'ascendants*, n° 14, Zachariæ, t. V, p. 473.

[2] Argument des art. 1010, 1012, 1084 et 1085 du C. Nap.

[3] Voy. là-dessus ce que nous avons dit *suprà*, n° 1214. C'est ce qui avait lieu dans les démissions de

biens, *suprà*, n° 33.

[4] Cassat, req., 19 février 1824, rejet du pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Paris du 24 août 1822 (Devill., 7, 1, 400). *Journal du Palais*, 1821, t. XVIII, p. 466. Agen, 14 juin 1837 (Devill., 39, 2, 490). Contrà : Douai, 12 février 1840 (Devill., 40, 2, 393, 394). *Journal du Palais*, 1841, t. XXXVII, p. 749. Ce dernier arrêt n'est pas soutenable.

Pour répondre à cette question, une distinction est nécessaire entre les dons faits par préciput et les dons faits sans clause de préciput.

A l'égard des premiers, le père, en faisant le partage de ses biens, doit considérer comme définitivement acquis les avantages par préciput dont il a antérieurement saisi un de ses enfants. Il ne peut pas, par sa propre volonté, retirer ce qu'il a donné irrévocablement et avant tout partage. De même que le préciput est hors du partage de la succession ouverte par le décès, de même il est hors de la main du père faisant un partage anticipé (1).

Il n'en serait autrement que si le fils avantage consentait à l'égalité, en acceptant, sciemment et avec connaissance de cause, la nouvelle posi-

tion que lui fait son père; sa condition serait réglée par son propre fait.

Quant aux donations en avancement d'hoirie qui n'ont pas le caractère de préciput, le père qui veut opérer un partage complet doit en imposer le rapport à la masse, et faire le partage y compris ces donations, conformément à ce qui lui est dicté par l'intérêt des siens (2).

2314. Obligé de respecter les préciputs par lesquels il s'est antérieurement lié, le père doit, par la même raison, respecter les promesses d'égalité qu'il a faites à quelques-uns de ses enfants, soit dans leur contrat de mariage, soit de toute autre manière (3). Il ne peut détruire, par un partage ultérieur, des promesses qui ont servi de base à l'établissement d'un enfant.

ARTICLE 1077.

Si tous les biens que l'ascendant laissera au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris seront partagés conformément à la loi.

SOMMAIRE.

2315. Le partage peut ne comprendre qu'une partie des biens de l'ascendant.

2316. Les biens restés en dehors ou nouvellement acquis

sont partagés conformément à la loi, sans qu'il y ait lieu au rapport des biens compris dans le partage d'ascendant.

COMMENTAIRE.

2315. Le Code n'a pas adopté la disposition des coutumes, qui voulait que le partage comprenne tous les biens qu'avait le disposant lors de cet acte de magistrature domestique. D'après notre article, conforme au droit romain, le partage peut ne comprendre qu'une partie de ces biens. En général, cependant, et dans la pratique habituelle, le partage *inter liberos* se fait de la totalité des biens; il n'atteint même son principal but d'utilité (qui est de prévenir les difficultés des partages), que lorsque, par une opération complète, il divise tout le patrimoine du père de famille.

Il est possible cependant que le père ait acquis des biens depuis le partage entre-vifs. Cette acquisition nouvelle ne saurait nuire à ce qui a été fait. Il peut aussi arriver que le père ait oublié, dans sa distribution, quelques-unes

de ses propriétés, ou même qu'il se soit réservé la propriété et jouissance d'un immeuble pour lequel il avait de l'affection. Dans ces différents cas, et autres analogues, le Code Napoléon n'a pas voulu que le partage du père fût dépouillé de ses effets: ils continuent donc à subsister. Seulement, les choses non comprises dans le partage seront partagées conformément à la loi.

2316. De là il résulte que cette seconde succession restant étrangère à la première et ne se composant que des seuls biens non partagés, il n'y aura pas lieu à faire le rapport de ce qui a été compris dans le premier partage. Ce partage n'est pas un simple avancement d'hoirie. C'est un acte de famille ayant un caractère définitif, et les enfants possèdent les biens partagés à peu près comme s'ils les eussent acquis à titre onéreux (4).

[1] Cassat., req., 12 avril 1831 (Devill., 32, 1, 839. *Journal du Palais*, 1831, t. XXII, p. 1445). Vazeille, t. III, sur l'art. 1079, n° 4.

[2] Cassat., req., 9 juillet 1840 (Devill., 40, 1, 805). Geuly, *Des partages d'ascendants*, n° 14, p. 134.

[3] Limoges, 29 février 1832 (Devill., 32, 2, 283. *Journal du Palais*, 1832, t. XXIV, p. 801). Riom, 26 novembre 1828 (Devill., 9, 2, 160. *Journal du Palais*, 1828, t. XXII, p. 396).

[4] Voy. *supra*, n° 964, où j'ai traité ce point.

ARTICLE 1078.

Si le partage n'est pas fait entre les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout. Il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale, soit par les enfants ou descendants qui n'y auront reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aurait été fait.

SOMMAIRE.

- | | |
|--|--|
| <p>2317. Le partage n'est valable que s'il a été fait entre tous les enfants. — L'enfant omis n'a d'action qu'après la mort du disposant.</p> <p>2318. <i>Quid</i> si l'un des enfants apportonnés prédécède son père? — Du cas d'un partage fait par acte entre-vifs.</p> <p>2319. Du cas d'un partage par testament. — Si l'enfant décédé ne laisse pas de postérité, il faut refaire le partage.</p> <p>2320. Si l'enfant laisse des descendants, ceux-ci prennent la part de leur père, et le partage est valable.</p> | <p>2321. Objection tirée du texte. — Réfutation.</p> <p>2322. La survenance d'un enfant donne lieu à un nouveau partage.</p> <p>2323. Différence entre notre hypothèse et celle de l'article 960 du Code Napoléon. — Le partage subsiste si l'enfant survenu prédécède son père.</p> <p>2324. L'omission d'un enfant naturel n'anéantit pas le partage, sauf à cet enfant à réclamer ce qui lui revient.</p> <p>2325. Prescription de l'action en nullité pour omission d'un enfant.</p> |
|--|--|

COMMENTAIRE.

2317. Le Code ne permet pas qu'un des enfants soit préterit dans l'acte de partage, ainsi que cela pouvait avoir lieu dans le droit romain. Tous les enfants sont parties nécessaires dans la distribution que le père fait de ses biens. Il ne peut pas plus les exhériter par un partage que par un testament; il ne peut les passer sous silence, sans aller contre l'essence même du partage, qui veut que l'on ne puisse faire les parts qu'en égard à toutes les personnes qui ont droit d'y prétendre. L'omission de l'un des enfants vicie donc le partage dans sa base. Seulement, il faut remarquer que l'enfant omis n'aura d'action qu'au décès du disposant. Pendant sa vie, le défunt a pu faire de ses biens l'usage qui lui convenait; il n'en devait aucun compte à ses enfants. Il a pu tout donner aux uns, rien à l'autre. C'est seulement à sa mort que l'équilibre peut se rétablir par l'ouverture du droit personnel des enfants. Auparavant, ce droit est suspendu : on peut même dire qu'il n'est pas né [1].

2318. A l'oubli d'un des enfants, par le fait du père, on ne saurait assimiler le vide occasionné par le prédécès d'un ou plusieurs des enfants partagés. Ce dernier cas mérite cependant examen, et quoique nous l'ayons déjà touché [2], nous devons y revenir, parce qu'il

se lie à la saine interprétation du texte de notre article.

Le prédécès peut se présenter, soit dans le cas de partage entre-vifs, soit dans le cas de partage testamentaire.

Dans les partages entre-vifs, qui consomment l'acte du vivant du père, le prédécès d'un enfant apportonné n'a aucune influence sur l'existence du partage [3]; l'enfant était saisi; il jouissait de son lot; qu'importe qu'il décède avant son père? il transmet à ses successeurs légitimes ou testamentaires les biens composant sa part, dont il était définitivement investi.

2319. Il y a plus de difficulté, ou pour mieux dire de controverses, lorsque le partage a eu lieu par acte testamentaire.

Pour éclairer ce point, il faut faire une distinction :

Où l'enfant prédécédé meurt sans postérité, ou il meurt en laissant des descendants à sa survivance.

Dans le premier cas, nous n'hésitons pas à croire que le partage doit être refait. Supposons que le père ait eu quatre enfants lorsqu'il a fait son partage, et que l'un d'eux se trouve décédé au moment de l'ouverture de la succession du disposant. N'est-il pas évident que l'œuvre du père s'applique à une situation de la

[1] *Infra*, n° 2325.

[2] *Supra*, n° 2303.

[3] Montpellier, 7 février 1850 (Devill., 50, 2, 561. *Journal du Palais*, 1851, t. LVI, p. 434).

famille qui n'est plus la vraie, et qu'il faut tout recommencer? Non pas qu'il soit nécessaire, pour arriver à cette conclusion, de recourir aux règles du Code Napoléon sur la caducité des dispositions testamentaires, mais par cette raison prédominante, à savoir, que les éléments sur lesquels le disposant a opéré ne sont plus ceux qui existent au moment de son décès; que les termes de son acte n'ont pas d'application au présent, et que, dès lors, il est indispensable de substituer un nouveau partage à celui qu'il a fait en vue d'un autre ordre de personnes et de choses. Dans un partage, en effet, les parts sont subordonnées au nombre des parties prenantes. Si, au lieu de quatre copartageants qui existaient, alors que le père a fait la division de ses biens, il ne s'en trouve plus que trois à son décès, il est clair que les parts ne répondent plus au nombre des personnes qui ont droit au partage, et que c'est comme si le père n'avait rien fait.

Dira-t-on qu'il pourra suffire de partager entre les survivants le lot de l'enfant décédé? Mais ce partage d'une portion, cette subdivision d'une division déjà faite peut avoir des inconvénients; elle peut amener des morcellements inutiles. Ne vaut-il pas mieux, dans l'intérêt de tous, refaire le partage à nouveau, d'autant que l'on n'est plus sous l'empire des faits que le père de famille avait entendu régler, et qu'on est conduit à des résultats hors de ses prévisions?

2320. Supposons, maintenant, que l'enfant prédécédé laisse des descendants, lui, la solution ne sera plus la même, et le partage tiendra, parce que les descendants prenant, par droit de représentation, la place de leur père prédécédé, les choses ne sortiront pas des arrangements prévus et combinés par le père de famille.

A cette solution on oppose deux objections [1].

La première, que les dispositions testamentaires sont caduques par le prédécès du légataire [2]. Mais on répond, et nous avons déjà répondu [3] qu'il s'agit moins ici d'une libéralité testamentaire que du règlement officieux d'une succession. Le père n'a fait, avant de mourir, que ce que des arbitres et des experts auraient fait après sa mort. Il n'a rien donné, à proprement parler; il a divisé seulement, entre les siens, ce que la nature et la loi leur attribuent après lui; et puisque la représentation a lieu dans le cas de succession *ab intestat*, on doit l'appliquer ici; car le père n'a voulu que faire

par avance ce qui serait arrivé plus tard, si la succession se fût ouverte *ab intestat*. Il y a, à cet égard, plus d'analogie entre le partage et la succession *ab intestat* qu'entre le partage et le legs.

2321. La seconde objection est tirée du texte de notre article. En s'attachant aux mots, on dit : le partage doit être fait entre tous les enfants existant au moment du décès, ou leurs descendants. Il suit de là que si l'un des enfants est prédécédé, il doit être remplacé au partage par ses descendants. Or, dans le cas particulier, les descendants ont été prétérits. Ils ne sont pas personnellement apportionnés; ils ne sont même pas nommés; tout a été fait sans eux. Ils ont donc le droit de demander un nouveau partage [4].

Cette argumentation nous paraît tirer avec effort de l'art. 1078 ce qu'il n'a nullement l'intention de dire. Il veut porter remède à une omission, à une prétériton faite par le père; voilà son unique but. Comment pourrait-on le retourner contre un partage où le disposant, guidé par une égale affection, a songé à tous ses enfants et a rempli à leur égard tous ses devoirs de père? Est-il bien sérieux de dire que les descendants de l'enfant prédécédé sont prétérits? Quoi! ils seraient prétérits dans un partage où leur père, qu'ils représentent, a une juste légitime!!! Ils seraient prétérits, quand ils retirent le lot entier attribué à leur père!!!

Je ne comprends donc pas l'insistance des petits-enfants pour avoir un nouveau partage. Ils méprisent sans utilité la magistrature de leur grand-père; ils exposent la succession à des frais frustratoires.

Encore si en attaquant le partage, ils faisaient tomber les avantages préciputaires que l'auteur commun a pu faire aux survivants!! Mais il a été jugé par les arrêts qui ont consacré la nullité du partage [5], que cette nullité n'entraîne pas l'aucantissement des avantages légalement faits et contenus dans l'acte testamentaire d'apportionnement. N'est-ce donc pas rechercher un nouveau partage, pour le vain plaisir d'appauvrir l'hoirie en dépenses inutiles?

2322. Il est un autre cas qui ne pouvait échapper à la prévoyance de notre article. C'est celui où le partage est suivi d'une survivance d'enfants. Il résulte de la disposition de l'article 1778 que leur prétériton, quoique involontaire, donne lieu à un nouveau partage.

[1] Agen, 23 décembre 1847 (Devill., 48, 2, 1. *Journ. du Palais*, 1848, t. L, p. 290). Bordeaux, 2 mars 1852 (Devill., 32, 2, 285. *Journ. du Palais*, t. XXIV, p. 814).

[2] Art. 1043 du C. Nap.

[3] *Supra*, n° 2300.

[4] Agen, loc. cit.

[5] *Supra*, n° 2320. *Infra*, n° 2328.

Supposons, en effet, que le père ait fait une distribution testamentaire de ses biens, et que sa veuve accouche d'un posthume. Comme l'enfant conçu est censé né pour tout ce qui concerne son intérêt, il s'ensuit qu'étant conçu au moment du décès du père, l'enfant sera sur la même ligne qu'un enfant né qui aurait été préérit. Il faudra donc recourir à un partage nouveau.

Il en sera de même si le partage est fait par voie de donation.

L'enfant né après l'ensaisinement de ses frères ne pourra être victime de la tardiveté de sa naissance. Il lui faut sa part, et c'est par un nouveau partage qu'elle lui sera assurée.

2323. Remarquons ici une différence entre le cas réglé par notre article et le cas réglé par l'art. 960 du Code Napoléon.

D'après l'art. 960, la survenance d'enfants fait évanouir de plein droit la donation, laquelle reçoit un effet immédiat de cette survenance. L'étranger donataire est sur-le-champ dépouillé au profit de l'enfant, qui par sa naissance vient de changer les conditions primitives du contrat. Il en est autrement dans le système de l'article 1078, où ce sont des enfants qui sont en présence des enfants. Le partage conti-

nue à subsister : il n'est pas atteint à l'instant même par la survenance; ce n'est qu'au décès du père, ainsi que nous le disions ci-dessus [1], qu'il demeure frappé de nullité s'il n'est pas fait entre tous les enfants existant à ce moment, en sorte que son sort demeure en suspens jusqu'au décès. Il résulte de là que si, à ce moment, l'enfant né depuis le partage n'existe plus, le partage subsiste et produit ses effets comme si l'enfant n'était pas survenu. Ainsi, c'est là une nullité relative et non absolue, une nullité éventuelle et non une nullité actuelle [2].

2324. On demande si l'omission d'un enfant naturel est une cause de nullité du partage. Je pense, avec Duranton [3], que l'enfant naturel doit respecter le partage, sauf à réclamer la part qui lui revient. Il y aurait trop d'inconvénients pour les mœurs dans un mélange de la filiation légitime et de la filiation illégitime; les enfants naturels, d'ailleurs, ne sont pas héritiers [4].

2325. L'action en nullité pour omission se prescrit par trente ans, à partir du décès du disposant. C'est une action en partage dirigée contre des cosuccessibles dont on veut obtenir sa portion héréditaire [5].

ARTICLE 1079.

Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart : il pourra l'être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet.

SOMMAIRE.

2326. Le père peut joindre au partage la constitution d'avantages préciputaires dans les limites du disponible.
 2327. De la rescision pour excès de la quotité disponible dans le don préciputaire. — De la rescision pour lésion de plus du quart dans le partage. — De la rescision lorsque le même enfant a reçu, et la portion disponible par préciput, et, dans le partage, un lot plus fort que les autres.
 2328. Du cas où il faut prouver une lésion de plus du quart.
 2329. Comment se calcule la lésion de plus du quart.
 2330. La nullité du partage entraîne-t-elle la nullité du don fait par préciput dans le même acte.
 2331. Prescription de l'action en rescision pour lésion de plus du quart. — Elle court du décès du

père. — Controverse dans le cas de partage par acte entre-vifs.

2332. Prescription de l'action pour excès de la quotité disponible. — Elle court du décès de l'ascendant.

2333. Cette dernière action est aussi une action en rescision du partage. — Elle se prescrit par dix ans.

2334. De l'action en nullité pour composition vicieuse des lots. — Elle dure dix ans et s'ouvre au décès du donateur. — Arrêt.

2335. Dans le cas de partage testamentaire, l'action en nullité dure trente ans. — L'acceptation par l'enfant de son lot élève contre lui une fin de non-recevoir.

2336. Dans le cas de partage par acte entre-vifs, la réception du lotissement n'est pas une fin de non-recevoir contre l'enfant lésé.

[1] *Suprà*, n° 2317.

[2] *Douai*, 30 décembre 1843 (*Dexil.*, 44, 2, 389).

[3] *T. IX*, n° 155.

[4] Art. 756 du Code Nap. *Contrà*, les annotateurs de

Zacharie, note 5, p. 479.

[5] *Zacharie*, t. V, p. 480, note 9. *Duranton*, t. IX, n° 643.

2337. Le défendeur à l'action en rescision pour lésion ou pour excès du disponible l'arrête en parlant le défaut.

2338. Quand le père a fait plusieurs partages successifs, la lésion s'apprécie par la combinaison de tous les lots et sur la masse des biens.

COMMENTAIRE.

2326. La loi veut que les partages qu'elle autorise soient faits dans un esprit d'égalité. Elle désire qu'ils imitent autant que possible la succession *ab intestat*, où elle a fait prévaloir le principe d'égalité entre enfants, qui est dans la nature. « *Pater*, disait un ancien brocard, *pater non debet suâ inequalitate, ex pluribus filiis, unum facere legitimum, et alium bastardum*. Car, dit Mantica (1), *lex plurimum amat equalitatem inter filios, et naturali aequitati repugnat illa dispositio per quam disparitas inter liberos inducitur*. »

Cependant le père peut avoir des raisons graves pour faire fléchir cette égalité naturelle. Si l'affection la recommande au cœur paternel, la justice lui impose quelquefois le devoir sévère de s'en écarter, et le droit de récompenser et de punir est aussi un des attributs de la magistrature domestique. Le Code permet donc au père de combiner son partage avec la constitution d'avantages préciputaires renfermés dans les limites de la portion disponible.

2327. De tout ceci, il sort deux conséquences : la première, que, si le père excède les bornes assignées à la partie disponible, son partage peut être attaqué pour cause de lésion.

La seconde, que, lorsque le partage constitué sur la base apparente de l'égalité renferme cependant des erreurs d'où résulte une lésion énorme, c'est-à-dire de plus du quart, l'enfant lésé a une action en rescision conformément à ce qui a été établi par l'article 887 du Code Napoléon pour les partages de succession *ab intestat*.

De ces deux actions, l'une empêche les excès dans l'inégalité permise par la loi, et voulue par le père; l'autre ramène à l'égalité pratique dans un système d'égalité dont le père n'a pas déclaré vouloir s'écarter. Celle-ci corrige les erreurs de l'arbitrage paternel; celle-là adoucit les trop grandes rigueurs du magistrat domestique.

Si cependant le père avait arrangé les choses de manière à donner à un même enfant la portion disponible, plus une part d'enfant supérieure, quoique n'excédant pas le quart, il ne

faudrait pas hésiter à voir dans cette combinaison un moyen de dépasser la portion disponible, et le partage serait vicié par une lésion *re ipsâ*. C'est en vain que l'enfant dirait qu'on ne peut pas se plaindre, puisque d'un côté le père n'a fait que donner la portion disponible, ce qu'il pouvait faire légalement, et que de l'autre il a fait un lot qui, bien qu'inégal par un certain excès, ne cause cependant pas, à lui seul, aux autres enfants, une lésion de plus du quart. Il faut répondre que si du cumul du don par préciput et de l'excédant de la part d'enfant, il résulte un excès de la portion disponible, le partage peut être attaqué. Autrement, un père pourrait favoriser un de ses enfants de deux manières : 1° en donnant la quotité disponible; 2° en faisant un partage inégal avec la précaution de ne pas excéder le quart (2).

2328. Quand l'action en lésion est fondée sur un excès de la portion disponible, il n'est pas nécessaire que les enfants qui l'intentent articulent et prouvent qu'ils ont été lésés de plus du quart. Il suffit que, dans une mesure quelconque, un des enfants copartagés ait reçu un avantage plus grand que la loi ne le permet. La nécessité de prouver une lésion de plus du quart n'existe que lorsque le père n'a pas fait de dons par préciput, et que néanmoins il a composé en réalité des lots inégaux, tout en recherchant l'égalité entre ses enfants. La loi n'a pas voulu sans doute une égalité minutieuse; elle ne tient pas compte des erreurs légères, comme il s'en peut glisser dans tous les partages. Elle exige un dommage assez considérable pour faire supposer que le père a voulu frustrer un ou plusieurs de ses enfants; et elle ne voit cette fraude, et par suite une véritable lésion, que lorsque cette lésion est de plus du quart. Il fallait une borne raisonnable et fixe, afin que les partages *inter liberos* fussent garantis, autant que les autres espèces de partages, de recherches vaineuses et inquiétantes pour la stabilité de la propriété.

2329. Notex, à ce propos, que la lésion de plus du quart ne saurait résulter de cela seul que le père aurait fait un avantage par préciput à un autre enfant. La privation de la quotité disponible n'entre pas dans les éléments du dommage souffert par l'enfant lésé. Car, en donnant à la portion disponible la destination qui lui a plu, le père n'a fait qu'user de son droit.

[1] De conject. ult. vol., t. 6, l. II, n° 3.

[2] Aubert, Rapport du tribunal (Fenet, t. XII, p. 617. Loze, t. XI, p. 481).

2330. Le don en préciput peut être contenu dans l'acte de partage. L'acte de partage est alors mélangé d'une libéralité véritable et caractérisée.

Que si l'acte de partage vient à être déclaré nul, le don en préciput sera-t-il également nul? Et d'abord, il est certain qu'il ne le sera pas, si le partage est déclaré nul par suite de la prétention d'un des enfants (1). La nullité du partage qui est en quelque sorte un acte *ab intestat*, ne peut nuire au don entre-vifs ou testamentaire. Ce sont deux choses différentes contenues à la vérité dans le même acte; mais la nullité de l'une ne fait pas préjudice à l'autre (2).

Nous en dirons autant alors que le partage est annulé pour excès de la portion disponible. L'excès est une cause de réduction du don; il n'en entraîne pas la nullité. Le partage seul est vicieux, et il faut en faire un second, en prenant pour base les chiffres auxquels on arrive par la réduction.

Mais si les avantages résultaient non d'une attribution expresse par préciput, mais de la composition inexacte et exagérée d'un lot, il est évident que cet avantage dissimulé n'ayant pour lui ni un titre distinct, ni une disposition positive, suivrait le sort du partage dont il résulte implicitement (3).

2331. La prescription de l'action en rescision pour lésion de plus du quart a été un grand sujet de débat dans la jurisprudence. Ce n'est pas, cependant, dans le cas de partage testamentaire que la difficulté s'est produite. On convient assez généralement que l'action dure trente ans, à partir du décès du testateur (4). Pourtant si le demandeur s'était mis en possession de son lot avec connaissance de cause et sans protesta-

tion ni réserve, cette exécution du testament élèverait contre lui une fin de non-recevoir (5); on ne peut contester ce qu'on a accepté (6).

Mais lorsque le partage a été fait par donation entre-vifs, on s'est profondément divisé sur la question de savoir si l'action en rescision, limitée à dix ans par l'article 1304 du Code Napoléon, commence à courir du jour où les abandonataires ont été mis en possession de leur lot, ou plutôt du jour du décès du disposant (7).

Pour moi, j'ai une opinion bien arrêtée à cet égard, et je n'ai jamais pu partager le sentiment de mon excellent collègue et ami, Lasagni, dont les sâvants rapports avaient fait prévaloir, à la chambre des requêtes, le premier avis sur le second. Il est impossible d'admettre que les enfants seront tenus de troubler la vieillesse de leur père, pour faire redresser les inégalités de leur lotissement; la loi n'exige pas de luttes immorales dans la famille; elle ne veut pas que l'autorité paternelle soit prise corps à corps et accusée d'injustice. Il résulte, d'ailleurs, du rapprochement de l'art. 1078 avec l'art. 1079, que c'est seulement au décès du disposant que tous les procès doivent se vider. Et, en effet, si l'enfant, entièrement prétérit dans le partage fait par son père, est obligé de garder le silence pendant la vie de ce dernier (ainsi qu'il résulte de l'art. 1078), comment pourrait-on admettre que l'enfant, en faveur de qui il s'est dévoué, devrait nécessairement agir pour lui reprocher de n'avoir pas été assez libéral envers lui? Au surplus, la jurisprudence est aujourd'hui fixée; la chambre des requêtes (8) a dû renoncer à un système qui a toujours échoué devant la chambre civile (9), et que les cours impériales n'avaient

(1) Toullier, t. V, n° 812. Zacharie, t. V, p. 472. Germer, n° 400.

(2) Agen, 23 décembre 1847 (Devill., 48, 2, 1. Journal du Palais, 1818, t. I, p. 290). Bordeaux, 2 mars 1852 (Devill., 52, 2, 283. Journal du Palais, t. XXIV, p. 814). Supra, n° 2521.

(3) Zacharie, loc. cit.

(4) Zacharie, t. V, p. 189 et note 18. Contrôl. Duranton, t. IX, n° 646.

(5) Supra, n° 1747.

(6) Zacharie, t. V, p. 490. Cass., 27 mai 1815. Devill., 45, 2, 575).

(7) Aoc. Le partage d'ascendants entre-vifs forme une véritable convention synallagmatique dans laquelle les enfants copartagés, même inégalement, interviennent comme parties contractantes et assument réciproquement toutes les obligations résultant des partages ordinaires; en conséquence l'article 1304 du Code civil y est directement applicable. La prescription de l'action en nullité dirigée contre un partage semblable commence à courir du moment où l'action a pu être intentée, c'est-à-dire, à partir de la date de l'acte. L'enfant qui attaque un pareil acte comme infecté d'un vice de forme doit agir dans le délai fixé par l'art. 1304 du Code civil. —

Liège, 20 juillet 1850 (Pasic., 1850, 2, 200). Cass., 7 août 1843 (Pasic., 1846, page 144, et la note). Br., 25 mars 1846 (Pasic., 1817, 3, 222). Br., 24 juillet 1845 (Pasic., 1845, p. 225). La première partie de l'art. 1079 du Code civil, qui permet d'attaquer pour cause de lésion de plus du quart le partage fait par l'ascendant, n'est applicable qu'en cas où aucun des copartagés n'a été avantage par préciput. La seconde partie du même article, relative à ce dernier cas, ne peut donner lieu à une action contre le partage qu'après le décès de l'ascendant. Cass., 4 juillet 1846 (Pasic., 1846, p. 415).

(8) Voy. un arrêt, au rapport de Lasagni, du 12 juillet 1856 (Devill., 5, 1, 554), qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Limoges, qui avait déclaré que l'action en rescision pour lésion de plus du quart court du jour du partage.

(9) Cass., 16 juillet 1849, qui casse un arrêt de Toulouse qui avait fait courir le délai du jour du contrat (Devill., 49, 1, 622). Vuy., au numéro suivant, des arrêts analogues et qui complètent la jurisprudence. Juge Bordeaux, 4 janvier 1827 (Devill., 8, 2, 306. Journal du Palais, t. XXI, p. 14). Caen, 15 juin 1835 (Devill., 58, 2, 521. Journal du Palais, t. XXVII,

admis qu'avec peine [1]. On juge, en général, que non-seulement l'action ne court que du décès du père, mais même qu'elle n'est pas recevable de son vivant [2].

2332. Ce que nous venons de dire de l'action en rescision proprement dite, pour lésion de plus du quart, s'applique à plus forte raison à l'autre action établie par notre article, et résultant d'un excès de la portion disponible. D'une part, cette seconde action est, en quelque sorte, une action en lésion d'après notre article lui-même. Sans doute elle est, par un certain côté, une action en réduction; mais elle participe aussi du caractère de l'action en lésion, puisque les copartagés sont lésés dans leur droit à la réserve, par la disposition arbitraire du partage qui a entamé leur portion légitime. D'autre part, où en serait-on si l'action en réduction courait depuis le jour de la mise en possession? Il y aurait donc deux successions et deux réserves: une succession et une réserve fixées au moment du contrat; une autre succession et une autre réserve déterminées au décès du disposant?

2333. Nous disons que l'action en réduction prend la couleur de l'action en lésion, quand elle est dirigée contre un partage qui consacre des inégalités de nature à entamer les réserves. Cette vérité a été contestée [3]. On a prétendu que les avantages excessifs ne peuvent donner lieu qu'à l'action autorisée par les articles 920 et suiv. du Code Napoléon, laquelle n'aboutit qu'à une simple réduction, et nullement à une action s'attaquant au partage en lui-même. Mais il suffit de lire notre article pour se convaincre que telle n'est pas la pensée de la loi. Notre article ne dit pas que c'est l'avantage seul qui sera réduit; il dit, au contraire, que c'est le partage qui sera attaqué. Le partage, opération complexe dans laquelle il y a un ensemble d'éléments qui se tiennent, se combi-

nent et se pondèrent, n'est pas comme un acte isolé de donation. Si vous touchez à un de ces éléments, tous les autres en ressentent le contre-coup, et l'équilibre réglé par le disposant est dérangé. Le partage est donc atteint par la réduction de l'avantage excessif. Il est atteint comme par une lésion particulière à ce genre d'acte, et par suite il est nul [4], sauf ce que nous dirons *infra* au n° 2337, sur le droit du défendeur de faire cesser l'action par des offres satisfaisantes.

Ainsi, pour conclure, nous disons que l'action dont nous nous occupons ici court à partir du décès du donateur [5], et que de plus elle est limitée à dix ans [6], parce qu'elle est autant une action en lésion ou en nullité du partage qu'une action en réduction.

2334. Aux actions en lésion dont s'occupe particulièrement notre article, il faut assimiler l'action en nullité résultant de la composition vicieuse des lots; action qui est passée sous silence par notre article, mais qui est gouvernée, à raison de l'analogie, par les idées que nous venons d'exposer.

Supposons donc que le père de famille ait fait un partage entre-vifs, et qu'il ait donné tous les immeubles à l'un de ses deux enfants et tous les meubles à l'autre. D'une part, cette action en nullité ne sera soumise qu'à la prescription de dix ans (art. 1304); de l'autre, ces dix ans ne courront qu'à partir du décès du donateur. Bien plus, l'enfant qui, du vivant du père disposant, se permettrait d'affliger ses vieux jours par une action injurieuse pour les combinaisons de sa prudence, devrait être déclaré non recevable dans cette action prématurée.

Ce dernier point, qui touche à ce qu'il y a de plus radical dans la question, a été consacré par un arrêt de la cour de Paris du 8 avril 1850, rendu sous ma présidence, en audience solennelle.

p. 311). Nîmes, 17 mars 1841 (Devill., 41, 2, 335, *Journal du Palais*, 1841, t. XXXVII, p. 32).

[1] Toulouse, 15 mai 1838 (Devill., 39, 2, 50). Grenoble, 30 juillet 1839 (Devill., 40, 2, 204). Grenoble, 6 mai 1842 (Devill., 42, 2, 435). Nîmes, 12 juillet 1842 (Devill., 42, 2, 465). *Journal du Palais*, 1842, t. XXXIX, p. 562). Douai, 12 juillet 1846 (Devill., 46, 2, 243).

[2] Devill., 52, 1, 750.

[3] Les annotateurs de Zacharie, t. V, p. 491, n° 27.

[4] Grévy, n° 50. Duranton, t. IX, n° 630. Delvincourt, t. II, p. 164, 162.

[5] Cassat. (chambre civ.), rejet, 30 juin 1847 (après partage) (Devill., 47, 1, 481. *Journal du Palais*, 1847, t. XLIX, p. 5). Cassat., 2 août 1848, qui casse un arrêt de la cour impériale (Devill., 49, 1, 258). Cassat., 16 juillet 1849, qui casse un arrêt de la cour de Toulouse (Devill., 49, 1, 632. *Journal du Palais*, 1849, t. LIII, p. 607). Cassat., 31 janvier 1853, qui casse un

arrêt de Lyon (Devill., 53, 1, 153). *Junge Agen*, 6 juillet 1824 (Devill., 7, 2, 399. *Journal du Palais*, t. XVIII, p. 861). Montpellier, 25 mai 1842 (Devill., 42, 2, 523). Montpellier, 25 décembre 1846 (Devill., 47, 2, 174. *Journal du Palais*, 1847, t. XLIX, p. 115). Lyon, 30 août 1848 (Devill., 49, 2, 7. *Journal du Palais*, 1849, t. LI, p. 78). Agen, 12 juin 1849 (Devill., 50, 2, 41). Nîmes, 24 décembre 1849 (Devill., 50, 2, 308). Agen, 28 mai 1850 (Devill., 51, 2, 177). *Contr.*, arrêt de la chambre des requêtes du 4 février 1845 (Devill., 45, 1, 305. *Journal du Palais*, 1845, t. XLV, p. 396), au rapport de Lassagni. *Junge Bordeaux*, 23 décembre 1845 (Devill., 46, 2, 242. *Journal du Palais*, 1846, t. XLVI, p. 358).

[6] Art. 1304 du C. Nap. Cassat., 4 février 1845 (Devill., 45, 1, 305). *Contr.*, les annotateurs de Zacharie, t. V, p. 195, n° 38, qui veulent que cette action dure treize ans.

En voici le texte :

« La cour, sur la fin de non-recevoir tirée de
« ce que l'action des époux Gladioux ne serait
« pas ouverte; considérant que l'action accor-
« dée aux enfants par l'art. 1079 du Code Na-
« poléon, pour attaquer le partage qui leur a été
« fait sous forme de donation entre-vifs par leur
« ascendant, est subordonnée, quant à son exer-
« cice, à la mort de celui-ci; que, d'une part,
« le partage d'ascendant, bien qu'irrévocable à
« l'égard du donateur, peut cependant à son
« décès être sujet à un nouveau règlement,
« suivant certaines éventualités; que, d'un au-
« tre côté, les enfants investis d'un lotissement
« qui leur est fait par leur auteur, » *nullo jure*
« *cogente*, » seraient placés dans une situation
« fautive et presque voisine de l'ingratitude,
« s'ils se trouvaient obligés d'en critiquer l'im-
« portance contre le bienfaiteur lui-même ou à
« son vu et su; que de ces raisons il résulte
« qu'il a été évidemment dans la pensée du
« législateur de laisser sommeiller les actions
« en justice contre l'acte de la volonté de l'as-
« cendant, pendant tout le temps de sa vie;
« que cette pensée est morale, qu'elle préserve
« l'autorité paternelle de graves atteintes, qu'elle
« concilie seule le respect des enfants pour le
« père de famille avec le soin de leurs droits;
« qu'elle résulte, du reste, implicitement de la
« combinaison des art. 1078 et 1079 du Code
« Napoléon; — Met l'appellation et ce dont est
« appel à néant (1). »

Les intéressés s'étant pourvus en cassation, leur pourvoi a été rejeté par arrêt de la cham-
bre civile du 14 juillet 1852 (2).

2335. Si le partage a été fait par acte tes-
tamentaire, l'action en nullité dure trente ans,
à partir du décès du testateur (3). Il est clair
qu'on ne peut appliquer ici l'art 1504, qui ne
concerne que les contrats. Mais la réception de
l'appartenance par le demandeur en nullité
pourrait élever contre lui une fin de non-rece-
voir, si elle avait été la conséquence d'une ac-
ception volontaire, faite en connaissance de
cause (4). Quand l'acceptation a eu lieu après
la mort du père, on ne saurait dire, comme
nous le disions au n° 2305, que l'enfant a

obéi à un sentiment de crainte révérentielle.

2336. C'est pourquoi, lorsque le partage a
eu lieu par donation et qu'il est attaqué par
l'action en lésion ou en réduction, on ne saurait
puiser dans l'art. 918 du Code Napoléon et dans
le fait de réception du lotissement, une fin de
non-recevoir analogue à celle que nous opposons
au partage par testament. L'art. 918 fait pour
des cas particuliers où l'intervention de l'enfant
consentant est toute volontaire et spontanée, ne
peut être étendu aux partages anticipés de suc-
cession où sa présence est forcée et où son si-
lence et son acceptation ont pu être déterminés
par une crainte révérentielle. Sans quoi, ce
serait à peu près en vain que l'art. 1079 aurait
établi l'action en lésion dans les partages d'as-
cendant (5).

2337. Le défendeur à l'action en lésion peut
en arrêter le cours, en offrant, soit en immue-
bles, soit en argent, suivant les cas, le déficit
constaté (6).

Il le peut alors même que l'action est fondée
sur un avantage excessif (7). C'est là un autre
cas de rescision, et la rescision, mesure pertur-
batrice et extrême, peut être prévenue par une
offre valable d'indemnité, soit en numéraire,
soit en nature. (Art. 891, C. N.)

Que si le défendeur à l'action ne faisait pas
d'offres suffisantes; si, par exemple, il voulait
ne donner que de l'argent, quand il faudrait
une indemnité en immeubles pour satisfaire les
autres copartageants, alors le tribunal pourrait
déclarer le partage vicieux et nul (8).

2338. Quand le père de famille a fait, entre
ses enfants, plusieurs partages successifs, on ne
peut apprécier la lésion faite à l'un d'eux qu'en
comparant tous ces actes et en se référant au
chiffre total de la masse héréditaire. Supposons
un premier partage fait le 11 janvier 1848, un
second le 30 novembre 1851, un troisième le
14 décembre 1854; un des enfants se plaint
d'avoir été lésé de plus du quart dans le premier
partage, et il l'attaque pour le faire rescinder.
Évidemment on ne pourra prendre parti sur la
rescision qu'en recherchant si l'enfant qui se
plaint n'a pas trouvé une compensation dans les
deux partages ultérieurs; car si ces deux par-

(1) Devill., 50, 2, 305. *Journal du Palais*, 1850, t. LIV, p. 267.

(2) Devill., 52, 1, 750.

(3) Devill., 52, 1, 750.

(4) Suprà, n° 2351.

(5) Toulouse, 5 décembre 1844 (Devill., 45, 2, 217, 248. *Journal du Palais*, 1845, t. XLIV, p. 507).

(6) Grenier, n° 401. Art. 891 du C. Nap. Grenoble, 25 novembre 1814 (Devill., 7, 2, 417). Cassat., req., 21 juillet 1828 (Devill., 9, 1, 142. *Journal du Palais*, t. XXII, p. 119). Toulouse, 11 juin 1856 (Devill., 56,

2, 556. *Journal du Palais*, 1857, t. XXV, p. 1424).

(7) Riom, 25 avril 1818 (Devill., 5, 2, 378. *Journal du Palais*, t. XIV, p. 774). Lyon, 22 juin 1825 (Devill., 8, 2, 98. *Journal du Palais*, t. XIX, p. 621). Cassat., req., 6 juillet 1834 (Devill., 55, 1, 38). Cassat., req., 30 juin 1852 (Devill., 52, 1, 755). Duranton, t. IX, 651, 652. Vazeille sur l'art. 1079, n° 6. Contra, Genty, n° 54, p. 324; et l'annotateur de Grenier, t. III, p. 232, n° 519.

(8) Toulouse, 21 août 1855 (Devill., 54, 2, 125).

tages l'avaient indemnisé, son action serait sans intérêt et sans cause; il aurait trouvé dans l'ensemble ce qu'il aurait perdu dans un détail. L'ensemble doit donc être pris en considération [1].

L'espèce suivante, jugée par la cour de cassation, fera toucher au doigt notre pensée.

Plusieurs partages partiels avaient été faits entre des cohéritiers, et la dame Bourgeois, qui y avait été partie, n'en attaquait qu'un seul, du 23 mai 1836; ce qu'il faut surtout remarquer, c'est que dans son action, elle n'articulait qu'une lésion restreinte à cette distribution partielle, « se refusant, dit l'arrêt de Rouen saisi de la » question [2], de prendre pour éléments tous » les immeubles de l'indivis général et origi- » naire, ainsi que ce qui lui en était advenu à » différents temps par des partages fraction- » nels, et ne concluant pas même secondaire- » ment à la vérification d'une lésion assise sur » ces bases. » On voit qu'il y avait là une prétention abusive et déraisonnable. La dame Bourgeois s'opposait à ce qu'on lui fit compte des attributions d'où pouvait résulter une compensation à son profit. Elle entendait isoler le partage de 1826 et exciper du préjudice qu'elle y éprouvait, sans le balancer par les avantages qu'avait pu lui faire les autres partages. Posée en ces termes, la question n'était pas douteuse, et le pourvoi contre l'arrêt de la cour de Rouen fut rejeté par arrêt de la chambre des requêtes du 27 avril 1841 [3]; le rejet est fondé sur ce que l'offre de prouver la lésion n'était faite que » restrictivement, et abstraction faite des autres » partages fractionnaires. »

Mais, à notre avis, il en aurait été différemment si la dame Bourgeois, au lieu de ce refus

obstiné, eût consenti à combiner le partage de 1826 avec la masse des biens, se bornant à soutenir que, par les autres attributions dont elle avait été saisie, elle n'avait reçu que son dû, sans aucun avantage qui pût faire compensation; qu'ainsi elle n'avait pas d'intérêt à attaquer des actes qui ne la blessaient pas, et qu'elle concevrait ses critiques sur le partage de 1826, qui, seul, lui faisait grief.

Supposons donc qu'il soit constant que la lésion, dont se plaint l'enfant dans un premier partage, n'a pas été réparée dans les partages ultérieurs. Par exemple, après le partage du 11 janvier 1848, qui divisait entre les enfants les biens du père commun, et où l'un d'eux prétend qu'il lui a été fait grief, le père a fait un second partage de ses capitaux, qu'il a divisés par égales portions, et un troisième qui porte sur ses meubles meublants et qui comprend des lots évidemment égaux. En pareil cas, nul n'aura la pensée de soutenir que l'enfant lésé par le partage seul de 1848 est non recevable dans son action contre cet acte, parce qu'il ne demande pas en même temps la rescision des deux autres partages ultérieurs. Il ne la demande pas, parce qu'il n'a pas d'intérêt à la demander, parce que ces partages ne lui font aucun préjudice, et qu'ils n'ont été que justes envers lui. Ce n'est pas qu'il se refuse à opérer le calcul de la lésion sur la masse des biens, il entend bien qu'un ne peut prouver la lésion d'un partage fractionnaire, sans recourir aux autres et sans les comparer entre eux, mais il prétend qu'il n'y a pas, en fait, de compensation, et que le tort de 1848 n'a pas été réparé par les autres actes. C'est à ses adversaires qui prétendent le contraire à le lui prouver.

ARTICLE 1080.

L'enfant qui, pour une des causes exprimées en l'article précédent, attaquera le partage fait par l'ascendant, devra faire l'avance des frais de l'estimation; et il les supportera en définitive, ainsi que les dépens de la contestation, si la réclamation n'est pas fondée.

SOMMAIRE.

2239. Motifs de la disposition. — Elle n'est pas applicable à une demande fondée sur une cause autre que la lésion.

COMMENTAIRE.

2239. Cet article est une précaution contre les demandes en rescision que la mauvaise hu-

meur ou la jalousie pourraient suggérer à un enfant. Le demandeur en lésion devra faire

[1] Arrêt de cass. (chambre civ.) du 18 décembre 1854, rendu sous ma présidence, au rapport de M. La-ville, et portant cassation d'un arrêt de la cour d'Or-

léans : il est encore inédit.

[2] 4 décembre 1838 (Devill., 39, 2, 191, 192).

[3] Devill., 41, 1, 389.

l'avance des frais d'estimation, sauf à en être remboursé s'il gagne son procès.

Que si l'événement tourne contre sa prétention, il supportera cette dépense et tous les frais de la contestation.

Mais remarquez que l'article 1080 ne s'applique pas au cas où la demande est fondée sur une cause étrangère à la lésion. Supposons qu'un des enfants attaque le partage parce que son consentement aurait été surpris par dol, fraude ou violence, on ne saurait exiger de lui qu'il fasse l'avance des frais de la procédure. Ce sont

là des causes de rescision qui se distinguent de celle de la lésion [1]. Or, l'article 1880 déclare expressément qu'il n'est édicté que pour le cas où l'enfant attaque le partage pour l'une des causes énoncées en l'article précédent, à savoir, lésion de plus du quart et excès dans l'usage de la portion disponible [2].

[1] Art. 857 du C. Nap.

[2] Arrêt inédit de la cour d'Orléans, du 15 janvier 1893 (Firmin Carré contre ses frères).

CHAPITRE HUITIÈME.

DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE AUX ÉPOUX
ET AUX ENFANTS À NAITRE DU MARIAGE.

SOMMAIRE.

2340. Objet de ce chapitre. — Différence entre les donations anténuptiales dont il s'occupe et les donations *propter nuptias*. — Division.

COMMENTAIRE.

2340. La faveur du mariage a toujours fait admettre des dispositions spéciales à l'égard des donations dont l'objet est d'encourager des alliances qui font le soutien de l'État (1). Ces donations ont donc un caractère exceptionnel. C'est pourquoi le Code Napoléon en fait la matière d'un chapitre particulier.

Mais, avant d'entrer dans l'exposé des privilèges que la loi leur accorde, nous ferons remarquer que les donations aux époux et aux enfants à naître du mariage, dont nous avons à nous occuper ici, n'ont rien de commun avec la donation *propter nuptias* du droit romain : « *Multum distat donatio propter nuptias*, dit « Cojas (2), à *donationes quæ moribus nostris « *sit respectu matrimonii... Donatio favore ma- « *rimonii est, quæ alterutri conjugum fit à « *parente vel extraneo conjugii, non conjugia « *nomine. Donationes ergo propter nuptias « *hodiè sunt penitus ex usu sublatae.* » La donation *propter nuptias*, espèce de contre-dot (3), était une libéralité anténuptiale, que le mari seul pouvait faire à sa femme, et que celle-ci gagnait par le prédécès du mari ; elle tomba d'ailleurs en désuétude chez les nations modernes (4), qui ne conservèrent que l'usage des cadeaux de noces, des *sponsalitia*, etc., etc.*****

Mais les donations anténuptiales prévues par le chapitre 8, sont celles que des tiers font aux

époux ou à l'un d'eux dans le contrat de mariage, pour favoriser leur établissement. Ces donations sont très-favorables ; elles sont investies de nombreux privilèges. Elles se distinguent profondément de celles que des tiers peuvent faire aux époux pendant leur mariage. Car celles-ci tombent sous l'empire du droit commun, tandis que les autres s'en séparent par de considérables exceptions.

Ajoutons que notre chapitre est également étranger aux effets que le régime matrimonial adopté par les époux imprime aux choses données ; c'est l'objet du titre du *Contrat de mariage*.

Quant aux donations entre mari et femme, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, elles sont traitées dans le chapitre 9, où nous continuerons à trouver de remarquables anomalies introduites par la considération du mariage. Revenons aux donations anténuptiales faites par des tiers ; elles se divisent en quatre classes : 1^{re} les donations de biens présents ; 2^e les donations de succession ou institutions contractuelles ; 3^e les donations de biens présents et à venir ; 4^e les donations de biens présents avec des conditions potestatives qui permettent au donateur de donner et de retenir. Ce sera la matière des articles suivants, dont le commentaire a un sérieux intérêt.

(1) Furgole, sur l'art. 10 de l'ord. de 1731.

(2) Observat., tit. V, c. 4.

(3) Mon Comm. du Contrat de mariage, préf., p. 79.

(4) *Id.*, p. 91.

ARTICLE 1081.

Toute donation entre-vifs de biens présents, quoique faite par contrat de mariage aux époux, ou à l'un d'eux, sera soumise aux règles générales prescrites pour les donations faites à ce titre. Elle ne pourra avoir lieu au profit des enfants à naître, si ce n'est dans les cas énoncés au chapitre VI du présent titre.

SOMMAIRE.

2341. Des donations de biens présents. Elles sont régies par les règles des donations ordinaires. — Elles ne peuvent se faire au profit des enfants à naître.

2342. Il y a toutefois quelques exceptions au droit com-

mun pour ces donations. — Notamment, elles ne sont pas sujettes à la règle « donner et retenir ne vaut. » — Elles obligent le donateur à garantie.

COMMENTAIRE.

2341. Notre article ouvre le chap. VIII par ce qui est relatif aux donations nuptiales de biens présents. Sa pensée se porte d'abord sur les donations de biens présents qui sont conques dans les termes du droit commun et qui ne cherchent pas à se rapprocher par des clauses exceptionnelles des donations testamentaires. Ces donations de biens présents, qui saisissent immédiatement le donataire et font la dot du mariage, sont très-utiles aux époux; elles leur procurent sur-le-champ des avantages qui leur permettent de supporter les charges du ménage. Le Code veut qu'elles soient soumises aux règles générales portées pour les donations entre-vifs ordinaires [1]; elles sont par conséquent sujettes à la transcription, conformément à l'art. 939 [2], et si elles comprennent des effets mobiliers, elles doivent être accompagnées de l'état détaillé prescrit par l'art. 948 [3]. Notre article exige même que l'on ne puisse donner les biens présents aux enfants à naître, si ce n'est par la substitution autorisée par les art. 1048 et suivants. En principe, les enfants à naître ne sont pas personnes capables. Il n'y a que ceux qui existent qui peuvent recevoir des libéralités : *Esse enim debet cui datur* [4]. a

On peut pourtant objecter que, lorsqu'un mariage se forme, l'espérance de la naissance des enfants est naturelle et « consonnante, comme dit Coquille, à honnête souhait, qui fait qu'elle est considérable » [5]. C'est pourquoi l'ordonnance de 1751, art. 10, et plusieurs coutumes [6] autorisaient à donner aux enfants à naître par un contrat aussi rempli de privilèges que le contrat de mariage. On supposait que les époux étaient personnes capables, pour stipuler en faveur des enfants à naître de leur union, et pour défendre, représenter et conserver leurs intérêts.

Mais le Code Napoléon s'est montré moins facile. Il n'a pas voulu dévier ici de la règle posée par l'art. 906 [7]. Ainsi, par exemple, Primus ne pourrait donner ses biens présents au premier enfant qui naîtra du mariage de Secundus avec sa nièce, comme on pouvait le faire autrefois [8]. On peut se demander, en effet, s'il y a une grande utilité dans une disposition si singulière qui préfère un être futur et inconnu aux époux présents et connus. Si, après tout, le donateur craint la mauvaise gestion des époux, n'a-t-il pas la ressource de la substitution officieuse, que notre article lui réserve et

[1] Ann. Une donation déguisée sous la forme et l'apparence d'un acte à titre onéreux, comme d'un prêt à intérêt, tombe dans l'application de l'art. 901 du Code civil et est pourtant annulable pour cause de démence du donateur, bien que, aux termes de l'article 504, son interdiction n'ait pas été prononcée ni provoquée avant son décès at que la preuve de la démence ne résulte pas de l'acte qui est attaqué; il suffit pour cela de prouver la simulation au même temps que la démence. Ici ne s'applique point la disposition générale de l'art. 504, mais bien la disposition exceptionnelle de l'article 901, qui veut que pour faire une donation entre-vifs on soit sain d'esprit. Gand., 13 fév. 1849 (*Pasic.*, 1849, 2, 219). — Un testament peut être attaqué du chef d'incapacité d'esprit sans devoir recourir à l'inscription de faux. Br.,

19 fév. 1851 (*Pasic.*, 1852, 2, 229). — Une donation faite en faveur du mariage autrement que par contrat de mariage est inopérante à défaut d'acceptation expresse. Br., 16 novembre 1856 (*Bull. et Jurisp. de Belg.*, 1857, p. 457).

[2] Cassat., ch. riv., 2 avril 1821. (Devill., 6, 1, 409.) Cass., ch. riv., 23 juillet 1822. (Devill., 7, 1, 114.) Suprà, n° 1168.

[3] Suprà, n° 1250. Infid., n° 2415.

[4] L. 14, D., *De jure codicill.*

[5] Sur Nivernais, ch. 27, Donat., art. 12.

[6] Furgole, sur l'art. 10 de l'ord. de 1751. Berry, I, VII, art. 6, Nivernais, ch. 27, art. 12.

[7] Suprà, n° 607 et suiv.

[8] Brodeau sur Louet, lettre D., somm. 51.

par laquelle les enfants à naître sont appelés [1]?

Pourtant les enfants à naître du mariage peuvent être gratifiés, quand la donation porte sur les biens à venir, ainsi que nous le verrons par l'art. 1082.

2342. Malgré l'assujettissement des donations anténuptiales de biens présents aux règles générales des donations, il y a cependant des exceptions qu'il est bon de signaler dès à présent, et qui ont été admises par la nécessité de favoriser l'union conjugale [2].

1° Elles n'ont pas besoin d'être acceptées solennellement [3].

2° Elles ne sont pas résolues pour ingratitude [4].

3° Elles sont caduques si le mariage ne suit pas [5].

4° Il y a plus, et nous verrons par l'art. 1086 que la donation de biens présents peut sortir du caractère que lui assigne le droit commun et sous lequel notre article l'envisage. Elle peut être faite sous des conditions dépendantes de la volonté du donateur [6]. Alors la donation de biens présents, ainsi altérée, forme une classe de libéralités propres au contrat de mariage et régies par l'article 1086. La règle « *donner et retenir ne vaut* » n'y a pas lieu dans toute son étendue [7], et le disposant agit autant en testateur qui veut réserver une part à sa volonté ambulatorie, qu'en donateur [8]. Ainsi, le donateur peut aller jusqu'à se réserver la faculté

de disposer de tout ou partie de la chose donnée. Qu'y a-t-il de plus contraire à la maxime, *donner et retenir ne vaut*? Mais les contrats de mariage sont susceptibles de toutes les clauses et conditions qui ne sont pas contraires aux bonnes mœurs, et le caractère testamentaire et révocable peut s'y mêler aux règles les plus sévères de la donation [9].

De même, le donateur peut ne donner que sous la condition imposée au donataire de payer toutes les dettes ou charges de sa succession, et celui-ci est tenu d'accomplir cette obligation [10].

5° Enfin la donation de biens présents faite par contrat de mariage se rapproche à certains égards des contrats à titre onéreux. Elle donne lieu à la garantie, d'après l'art. 1440 du Code Napoléon [11].

Et ce n'est pas seulement la donation faite à la future épouse, à titre de dot, qui engendre cette garantie de la part du donateur; c'est encore celle qui est faite par un tiers au futur époux en considération de son mariage. Cette donation est aussi une dot en prenant ce mot *late sensu*; elle a pour destination d'aider les futurs époux à supporter les charges du mariage. Elle n'intéresse pas seulement l'époux donataire; elle intéresse aussi son conjoint. Elle est un titre onéreux et doit produire l'effet de la garantie [12].

Du reste, la garantie ne pèse pas moins sur les donateurs étrangers que sur les père et mère. Nous avons expliqué ce point dans notre Commentaire du *Contrat de mariage* [13].

ARTICLE 1082.

Les pères et mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage [14]; dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire.

Pareille donation, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage.

ARTICLE 1083.

La donation, dans la forme portée au précédent article, sera irrévocable, en ce sens

[1] *Supra*, nos 2211, 2221, 2224.

[2] *Supra*, no 1227, 1228, art. 947 du C. Nap.

[3] *Infra*, no 2469, art. 1087.

[4] *Supra*, no 1348, art. 959.

[5] *Infra* (art. 1088), no 2474.

[6] *Supra* (art. 947), no 1227.

[7] *Supra* (art. 944), nos 1206 et suiv.

[8] *Supra*, nos 1227, 1228. *Infra*, sur l'art. 1086, no 2446.

[9] *Supra* (art. 946), no 1222 et suiv.

[10] Art. 1086, *infra*, no 2448.

[11] *Nov. Comm. du Contrat de mariage*, t. I, no 1246.

[12] *Reuon*, 5 juillet 1828 (*Reuill.*, 9, 2, 110).

[13] *Lec. cil.*

[14] *Ans. L'institution emmentuelle n'est autorisée par la loi qu'en faveur des époux et des enfants à naître de leur mariage et nullement en faveur d'enfants nés d'un autre mariage. Br., 27 fév. 1832 (Paris, 1832, 81).*

seulement que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement.

SOMMAIRE.

2343. De l'institution contractuelle. — De son origine, — En droit romain il était défendu d'instituer un héritier par contrat.
2344. Critique des motifs qui faisaient repousser toute disposition par contrat de sa succession.
2345. Il a été dérogé, sous ce rapport, par le droit moderne au droit romain, pour les contrats de mariage.
2346. Historique de cette dérogation. — Renvoi.
2347. Conciliation de l'irrévocabilité du don avec la faculté de disposer de ses biens que conserve l'auteur de l'institution.
2348. L'institution contractuelle est un genre de disposition mixte entre la donation et le testament.
2349. Celui qui a fait une institution contractuelle a le droit d'alléner à titre onéreux ses biens.
2350. Mais il ne peut en disposer gratuitement, sauf de légères exceptions.
2351. De la réserve par l'instituant du droit de disposer d'une chose comprise dans l'institution. — A qui revient cette chose, si l'instituant n'en dispose pas?
2352. L'instituant a-t-il la faculté de substituer une chose à la chose spécifiée dans la réserve?
2353. L'instituant a-t-il le droit de renoncer à une prescription acquise?
2354. L'héritier institué doit respecter les actes à titre onéreux faits par l'instituant sans fraude, même une aliénation à fonds perdu.
2355. L'héritier institué peut-il aliéner son droit avant la mort de l'instituant? — Peut-il y renoncer? — Non, même par contrat de mariage.
2356. L'institué peut répudier la succession de l'instituant après le décès de celui-ci. — Cette répudiation profite aux autres légataires.
2357. De la rognée de l'institution par le prédécès de l'institué. — De la substitution vulgaire au profit des enfants de l'institué.
2358. Y a-t-il une institution contractuelle dans la disposition par laquelle un père, en mariant son fils, le déclare fils aîné et principal héritier? Quid dans la promesse de réserver sa succession? Quid dans la promesse d'égalité?
2359. Espèces particulières où l'on se demande s'il y a institution contractuelle.
2360. L'institution contractuelle n'est valable que si elle est faite au profit d'un futur époux et par le contrat de mariage lui-même.
2361. De la clause d'association. — Ancien droit. — Sous le Code Napoléon controversée. — Elle n'est pas valable.
2362. A qui profite la nullité de la clause d'association? A l'institué, ou aux héritiers ab intestat? — Il faut rechercher la volonté du donateur.
2363. L'accroissement a lieu en matière d'institution contractuelle.
2364. L'institution contractuelle est universelle, à titre universel, ou à titre particulier.
2365. L'institué est tenu des dettes dans les mêmes cas et de la même manière qu'un légataire. Il est tenu des dettes même postérieures à son institution.
2366. L'institué est saisi en vertu de son contrat et n'a pas de délivrance à demander.
2367. L'institué ne peut pas diviser l'institution et s'en tenir aux biens présents du donateur.
2368. De la capacité nécessaire pour faire une institution contractuelle. — Du mineur.
2369. Le mineur fait une institution valable dans son contrat de mariage au profit de sa future épouse.
2370. Mais il ne peut instituer ses enfants à naître.
2371. De la femme mariée. — Elle peut, avec l'autorisation de son mari ou de justice, disposer par institution contractuelle même de ses immeubles dotaux.
2372. L'institution contractuelle n'est pas assujettie à la transcription.
2373. Elle n'est pas révocable pour ingratitude.
2374. Elle n'a pas besoin d'être acceptée expressément.
2375. Mais elle est révocable pour sorcellerie d'enfant.
2376. De la promesse d'égalité. — De sa validité.
2377. Le père conserve-t-il, en ce cas, le droit de donner la quotité disponible à des tiers. — Arrêt de Bordeaux pour l'affirmative.
2378. En thèse générale, le père qui a fait une promesse d'égalité s'est interdit à plus forte raison de donner à des étrangers.
2379. Suite. — La promesse d'égalité confère une assurance dans la quotité disponible.
2380. Les enfants à qui la promesse d'égalité n'a pas été faite peuvent être réduits à leur réserve.
2381. Le père qui a institué l'un de ses enfants avec promesse d'égalité, a-t-il encore le droit de faire le partage de ses biens entre ses enfants?

COMMENTAIRE.

2343. Le genre de disposition dont parlent nos articles est connu dans le droit sous le nom d'institution contractuelle. Cette matière, très-usuelle autrefois, l'est beaucoup moins aujourd'hui. Nous n'en dirons que ce qu'il en faut dire, négligeant les questions oiseuses, les détails sans importance, et les hypothèses trop éloignées du cercle de la pratique.

De Laurière, qui a savamment traité ce sujet (1), définit ainsi l'institution contractuelle : « C'est un don irrévocable de succession, ou

« d'une partie de succession, fait par contrat « de mariage au profit de l'un des époux, ou « des enfants qu'ils doivent avoir ensemble. »

C'est là la fidèle image de la disposition prévue par notre article, disposition qui s'écarte des principes du droit commun et qu'on nommait assez souvent autrefois « convenance de succéder, » comme pour marquer, dans cette

(1) *Traité des institutions contractuelles*, ch. I, n° 21.

dénomination caractéristique, le rapprochement de deux choses qui s'excluent d'ordinaire, à savoir, la succession à venir et le contrat. Avant de l'examiner au point de vue doctrinal et pratique, nous devons en signaler la source tout à fait étrangère aux principes généraux du droit civil romain [1].

En effet, les institutions contractuelles étaient inconnues des Romains. Dans leur système, on ne pouvait faire une institution d'héritier que par l'acte civil appelé testament; les codicilles et les fidéicommiss n'avaient pas ce privilège. Ils ne donnaient lieu qu'à des dispositions indirectes [2]. A plus forte raison était-il défendu d'instituer des héritiers par contrat [3]. D'ailleurs, les Romains virent toujours de graves inconvénients aux pactes intervenus sur des successions futures [4]. D'une part, l'industrie des hérédipètes y était si scandaleuse et si hardie [5], qu'il fallait lui enlever au moins cette branche de ses spéculations. De l'autre, la liberté des testaments était, dans les mœurs romaines, une de celles dont les citoyens étaient le plus jaloux, et l'on ne pouvait admettre qu'un père de famille s'astreignît à ne pas révoquer à plaisir ses libéralités testamentaires [6].

C'est pourquoi nous trouvons, au Code de Justinien, une décision des empereurs Valens et Gallien, d'après laquelle une obligation contractée par un père en mariant sa fille, de lui assurer la moitié de sa succession avec son frère, est déclarée destituée d'effet [7]. De là cette règle contenue dans la loi 20, D., *De verb. signif.*, *Verba contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad testandi jus.* »

Un aperçoit, cependant, par les lois mêmes qui les proserivent, que les promesses faites dans un contrat de mariage au profit de l'un des époux sur la succession future du donateur, faisaient des progrès dans les mœurs [8]. Il arriva même que l'usage l'emporta sur la subtilité du droit, comme nous le voyons par la novelle 19 de Léon le philosophe [9], et ce prince déclara qu'il était profondément absurde [10] de vouloir qu'un père qui avait promis l'égalité à sa fille en la mariant, se jouât de sa parole. A la vérité cette constitution, ne faisant pas partie des compilations de Justinien,

n'a pas eu force de loi dans notre ancienne jurisprudence; mais elle a du moins l'autorité qui appartient au bon sens et à la justice [11].

2344. Ce qui le prouve, c'est que le droit romain lui-même, malgré ses préventions contre les pactes sur les successions futures, les autorisait en faveur des soldats, comme on le voit par la loi 19, C., *De pactis*, où les empereurs Dioclétien et Maximien maintiennent un pacte de se succéder réciproquement, qu'avaient fait deux soldats à la bataille. La raison qui en est donnée, c'est que la volonté du soldat sur ce qui doit avoir lieu après lui, relativement à sa succession, n'a pas besoin des formes ordinaires, et qu'elle a l'autorité d'une sorte de décret, si elle a persisté jusqu'à la mort.

Ceci posé, pourquoi des conventions valables entre soldats seraient-elles condamnées sans distinction entre particuliers? Est-ce qu'il y a, dans toutes les conventions sur les successions futures, une atteinte nécessaire aux bonnes mœurs et à la justice? N'y a-t-il pas des cas nombreux, pareils à quelques-uns de ceux que nous indiquons ci-dessus, où elles sont utiles à la famille au lieu de compromettre ses intérêts?

A ne considérer la chose que sous le rapport du droit naturel, ou du droit des gens, les pactes sur les successions futures ne peuvent être redoutés qu'à cause des dispositions et des mœurs de certains peuples, comme dit très-bien Cujas [12]. En effet, serait-ce parce qu'ils gênent la liberté de tester, qu'ils seraient réprouvés? Mais est-ce que la liberté de tester est une liberté sans limites? Est-ce qu'elle ne reconnaît pas des bornes légitimes? Est-ce que le pouvoir du testateur n'est pas tenu de s'arrêter devant l'indisposibilité d'une portion de son patrimoine? Est-ce que celui qui donne, qui aliène, qui s'engage, ne restreint pas en une manière son droit de tester [13]? Et en quoi le disposant peut-il se plaindre des entraves qu'il a apportées volontairement à sa puissance?

Dira-t-on que le don que l'on fait par pacte de sa succession future peut porter à faire des vœux criminels pour la mort de celui qui l'a promise? Mais cette conséquence n'est ni certaine, ni nécessaire; la méchanceté de quelques hommes ne doit pas empêcher la loi de per-

[1] Heury, t. III, liv. 3, ch. 4, q. 59, p. 257.

[2] Justinien, *Instit.* de codicillis.

[3] De Laurière, *Instit.* cont., ch. 1, n° 3.

[4] Arg. de la loi 5, C., *De pactis conventis* et l. 3, C., *De collationibus*.

[5] Pline le Jeune, l. *Epist.* 20. Pline l'Ancien, XIV, l. *Pétrone*, *Satyricon*, 16. Et les poètes, tels qu'Horace (lib. 2, *Satir.* 5.) Martial (x, 44), Juvénal (4, v. 18 et 19; 5, v. 98; 12, v. 95 et suiv.)

[6] L. si quis D., *De legat.*, 10. Et l. *Stipulatio*, D.,

De verb. oblig. Coquille sur Nivernais, *Des donat.*, art. 12.

[7] L. 15, C., *De pactis* (n° 267).

[8] L. 5, C., *De pactis conventis*, et l. 15, C., *De pactis* (précitée).

[9] Cujas sur la loi 13, C., *De pactis*.

[10] *Evidentem absurditatem*.

[11] Cujas sur la loi 26, D., *De verb. oblig.*

[12] Sur la loi 26, D., *De verb. oblig.*

[13] *Infra*, n° 2374.

mettre ce qui en soi ne contient aucune iniquité. Alors, il faudrait aussi défendre la donation de tous les biens avec réserve d'usufruit et autres contrats de même nature ! Tout cela est exagéré, et Zazius a raison de renvoyer aux Italiens ces craintes chimériques : « *Ea quæ da « volo caplandæ mortis proferuntur, Italici esse « retinenda* » [1].

Disons donc que ni le droit naturel, ni le droit des gens ne s'opposent aux pactes de *succedendo* par lesquels on s'oblige dans certains cas à donner sa succession ; pactes appelés *affirmatifs* par les interprètes, par opposition aux pactes *negatifs* par lesquels on renonce à une succession [2]. Sans doute, il y a des dangers et une grande inconvenance à disposer des droits qu'on peut avoir éventuellement dans la succession d'une tierce personne vivante. L'art. 791 défend de tels pactes même dans les contrats de mariage, c'est-à-dire dans le plus favorable des contrats. Mais il s'en faut de beaucoup qu'on doive traiter avec une rigueur aussi absolue les conventions de succéder qui ne portent que sur la succession future du disposant.

2345. C'est pourquoi une coutume aussi ancienne que générale a fait déroger presque partout, sous ce dernier rapport, *ferè ubique gentium*, dit le président Favre [3], à cette règle du droit civil romain qui annulait toute pactation sur l'hérédité d'un homme vivant. Ce n'est pas à dire que, même à ce point de vue restreint, il faille ouvrir légèrement la porte à tous les pactes de *succedendo*. Ce serait passer d'une prohibition exagérée à une facilité imprudente. Il ne manque pas de cas, en effet, où ils ont des dangers et peuvent devenir une cause de circonvolution et de surprises [4]. Mais quand c'est par contrat de mariage et pour favoriser la création d'une famille, qu'une personne promet sa succession, il n'y a rien là que d'honnête et de profitable au bien public. Aussi, les nations modernes ont-elles permis de donner l'hérédité par contrat de mariage, *propter dignitatem et amplificationem familiarum* [5].

2346. De Laurière a cherché à préciser l'origine de cette déviation universelle des principes du droit civil romain [6]. Ses recherches ont

jeté du jour sur ce point d'histoire [7]. Nous le suivons dans cette voie dans la préface de ce commentaire.

2347. Essayons maintenant de déterminer le caractère de l'institution contractuelle, en reportant notre attention sur la définition que nous en avons donnée au n° 2345.

Et d'abord, puisque l'institution contractuelle est une institution d'héritier, ou, autrement dit, un don de la succession (*donationem successionis*, comme dit Cujas) [8], il s'ensuit qu'elle a trait à la mort du disposant et que ce dernier ne s'engage qu'à donner ce qu'il laissera à son décès. Pourtant, elle est irrévocable par son essence [9], et le donateur manquerait à sa promesse s'il délaissait indirectement ce qu'il ne peut révoquer directement. Comment donc concilier ces deux conditions en apparence contradictoires ? Rien n'est plus facile, en considérant que si l'irrévocabilité de l'institution s'oppose à ce que le disposant en détruise les effets par une volonté frauduleuse, elle ne l'empêche pas d'administrer en bon père de famille une fortune dont il n'a pas voulu se dessaisir actuellement, et même d'en disposer dans la mesure de ses besoins légitimes et avec une entière bonne foi. Ce n'est pas là, sans doute, une irrévocabilité absolue. Mais le disposant, qui était maître de ne rien donner, a pu, à plus forte raison, ne donner qu'en apportant à l'irrévocabilité de sa donation quelques limitations admissibles à cause de la faveur des mariages. L'institué ne saurait s'en plaindre ; disons même que ce qui a été donné vaut la peine qu'il en soit reconnaissant. Le disposant, en effet, lui a assuré des droits presque semblables à ceux que les enfants ont sur le patrimoine paternel. Par une sorte d'adoption successorale, le contrat consacre pour lui le même engagement que la nature et la loi sanctionnent pour les premiers. Si les enfants doivent se tenir pour satisfaits d'une simple expectative qui, tout en étant pour eux une sorte de certitude, se concilie cependant avec le droit de propriété conservé au père, pourquoi l'institué contractuel serait-il considéré comme plus mal traité, parce que l'instituant n'abdique pas pour lui ses droits actuels de maître de sa

[1] *Consul.* 1, n° 38, lib. 2. Vinnius, *De pactis*, cap. 19, n° 5.

[2] Vinnius, *loc. cit.*, n° 5, in fine.

[3] C., *De pact. convent.*, lib. 5, l. 1. IX. Deffu. 6.

[4] Art. 1159, C. Nap., art. 791.

[5] Balde, in cap. 1, § moribus, si de feud. def. contract. sit. inst. dom. et agn. voc. Decius, Cons. 516, n° 5, et Cons. 656, n° 12. Menochius, Cons. 1, n° 168. Voet, ad Pand. De pact. dot., n° 57 bis, et De pact., n° 16. Ricard, Donat., part. 1, n° 1031. Furgole, sur l'ord. de 1731, t. V, p. 99 et s. Vinetius, *De pactis*, cap. 19, n° 5.

[6] Junge Merlin, *Répert.*, v° *Instituit. contract.*, § 1, p. 280 ; et *Revue de législat.*, t. XI, p. 127.

[7] Voy. aussi *Revue de législat.* t. XI, p. 127.

[8] Ad African., *Tract.* 2, p. 55. De Laurière, *Des instit. cont. ch.* 1, n° 21.

[9] Anjou, art. 245. Maine, art. 262. Normandie, art. 244. Tours, art. 252. Berry, t. VII, Des donat., art. 6. Auvergne, ch. 14, art. 33. Nivernais, T. Des donations, art. 22. Brodeau sur Louet, lettre S, som. 9, n° 5. *Infra*, n° 2349.

chose? Il peut s'en rapporter à l'affection paternelle, pour veiller sur l'avenir des enfants. Nous verrons même tout à l'heure que l'institué est dans une position meilleure que l'enfant. Car le père peut donner ses biens dans la proportion de la quotité disponible, et l'instituant ne le peut pas [1].

2348. Il suit de tout ceci que l'institution contractuelle est un genre mixte de disposition, qui tient de la donation et du testament, et qui n'est à proprement parler ni l'un ni l'autre. Elle n'est pas une vraie donation, puisque la donation dessaisit le donateur, tandis que l'institution contractuelle permet même d'aliéner, à titre onéreux et de bonne foi, les biens qui y sont compris; de sorte que la règle *donner et retenir ne vaut* n'y a pas lieu. Elle n'est pas non plus un testament, puisqu'il est de l'essence du testament d'être essentiellement révocable, et que l'institution contractuelle n'est pas sujette à être révoquée par la volonté ambulatorie du disposant [2]. Sans doute, elle fait un héritier comme on en peut faire un par testament, mais, à la différence de l'héritier testamentaire, l'héritier contractuel n'est pas tenu de demander la délivrance, et son contrat le saisit contre l'héritier même du sang [3]. L'institution contractuelle est donc un mélange de certains traits des testaments et des donations, mélange intelligent que les peuples modernes ont senti le besoin de former pour que les dispositions gratuites en faveur des mariages, si utiles et si dignes d'encouragement, ne soient pas trop onéreuses pour les disposants [4]. Pour arriver à ce résultat, il ne fallait pas ressembler aux Romains, qui faisaient plus d'état de la liberté des testaments que de la faveur du mariage. Il fallait préférer le mariage au droit de tester, et c'est par l'instinct de cette préférence que le droit coutumier adopta les convenances matrimoniales de succéder [5].

2349. Nous venons de dire que celui qui a fait une institution contractuelle peut aliéner à titre onéreux ou, comme disait Loisel, qu'il se peut aider de son bien [6]. C'est une règle de notre droit coutumier que le Code Napoléon a sagement conservée. Dans les pays de droit

écrit, on envisageait les institutions contractuelles à un autre point de vue; elles se contraignaient aux yeux des juriconsultes sous l'aspect de donations universelles, entre vifs [7]; et, partant de là, l'instituant ne pouvait plus disposer de ses biens, si ce n'est en certains cas d'exception [8]. Mais c'était là une déviation de l'idée mère de l'institution contractuelle, qui n'est qu'un don de succession; c'était un biais imaginé pour ne pas trop s'écarter des principes du droit romain pur, en matière de pacte sur les successions futures. Le Code a adopté le système plus franc et plus logique du droit coutumier. L'institution contractuelle, en effet, n'est que le don irrévocable, non des biens présents, mais des biens que l'instituant laissera à son décès. Il peut donc se servir de son bien, comme a droit de le faire un propriétaire; il a retenu implicitement ce droit; la nature de l'acte le dit avec certitude. Pourquoi, en effet, n'a-t-il pas fait une donation présente? pourquoi ne s'est-il pas dessaisi? Évidemment, c'est qu'il n'a pas voulu se lier entièrement les mains; c'est qu'en concourant à fonder une famille, il n'a pas voulu dépouiller présentement la sienne. Pour tout dire en un mot, le donateur ne s'oblige à donner que sa succession, ou, pour répéter les termes de notre article, que les biens qu'il laissera à son décès. N'est-ce pas comme s'il s'était réservé, par une clause formelle, le droit de se livrer à tous les actes du bon père de famille, qui, pour faire marcher ses affaires, peut vendre, échanger, aliéner, contracter des engagements et hypothéquer [9]? Concluons donc avec de Laurière [10] et avec nos articles, que le disposant conserve la liberté et le pouvoir de vendre et d'engager ses biens comme il lui plaît, pourvu qu'il en use sans fraude. Ainsi, il pourra vendre une maison pour acheter une terre, ou une terre pour avoir une charge, ou une ferme pour avoir des rentes; à moins toutefois qu'il n'ait apporté lui-même dans le contrat de mariage des limites à ce droit, par exemple en promettant à son fils de ne pas faire d'aliénations sans le consentement de celui-ci [11]. Pour le dire en passant, nous n'avons aucun doute sur la validité d'une telle clause, quoiqu'elle ait été contestée [12]. L'instituant au-

[1] N° 2330.

[2] Favre, C. de pact. conv., *defn.* 7.

[3] De Laurière, t. 1, p. 70, ch. 4, n° 38. *Infra*, n° 2366.

[4] Fargole, *loc. cit.*, p. 101.

[5] Coquille sur Nivernais, *Des donations*, art. 12.

[6] N° 2, 4, 10.

[7] De Laurière, ch. 4, n° 8, et sur Loisel, 2, 4, 10.

[8] Fernand, *De futuris conventionalibus successione*, ch. 7, n° 6 et 7. De Laurière, *loc. cit.*, sommaire du n° 8. Duperrier, *Quest. notables*, liv. 2, ch. 16. Merlin,

Répert., v° *Institution contractuelle*, § 8, n° 9. Fargole essayait de combattre cette jurisprudence sur l'ord. de 1731, art. 13.

[9] De Laurière sur Loisel, 2, 4, 10.

[10] *Instit. contract.*, ch. 1, n° 3. Bourbonnais, art. 320.

[11] Toulouze, 18 janvier 1820 (Devill., 6, 2, 188. *Journal du Palais*, XV, p. 712.)

[12] L'annotateur de Grenier, n° 412, note (a). Duranton, t. IX, n° 713.

rait pu donner sa chose irrévocablement; ou bien, il aurait pu la donner en se réservant l'usufruit. Pourquoi lui serait-il défendu de s'engager par une promesse qui le rapproche d'un usufruitier? On ne saurait voir dans tout ceci rien qui blesse la morale, l'ordre public et les lois. Le véritable mal serait de manquer à des conventions écrites dans un contrat de mariage et formant la base de l'union de deux familles.

2350. Mais, s'il est vrai que par le droit commun l'instituant peut aliéner, il n'est pas moins certain qu'il lui est défendu de disposer à titre gratuit, par donation et par testament, des choses comprises dans l'institution contractuelle. L'article 1085 porte à cet égard une prohibition expresse, et par une exception qu'explique la faveur des mariages, il enlève même à l'instituant le droit de tester librement et indéfiniment, droit qu'il est de règle générale que nul ne peut s'ôter à lui-même en gênant sa liberté individuelle [1]. Pourtant, ceci ne doit pas être entendu avec exagération. Il y a des donations et legs modiques, qui n'altèrent pas la substance de la disposition. L'instituant n'est pas privé du droit d'obéir à un sentiment de reconnaissance, de pitié et d'affection. C'est pourquoi Dumoulin disait très-bien : *Non impeditur quaedam particularia legare, manente institutione in sua quodā* [2]. Notre article reconnaît ce droit, et le formule de manière à éviter les équivoques. L'instituant ne peut disposer par donation ou testament que de sommes modiques, à titre de récompense, de legs pieux et autrement [3].

2351. Toutefois le donateur pourrait se réserver le droit de disposer à titre gratuit d'une chose comprise dans l'institution (art. 1086), à la charge que, s'il mourait sans avoir usé de ce droit, l'institué profiterait de cette chose [4]. Cette réserve elle-même confirme le droit dont nous parlons; la nécessité de l'insérer dans l'institution pour attribuer au disposant une certaine liberté de donner, prouve que, sans cette précaution, il serait enchaîné pour le tout, et qu'il n'est pas libre pour le surplus des choses

réservées. Au reste, cette réserve ne l'empêche pas de profiter du droit commun, pour disposer de choses modiques [5].

Remarquons ici qu'il peut arriver qu'en faisant cette réserve, le disposant ne règle pas le sort de la somme ainsi réservée dans le cas où il n'en disposerait pas. A qui reviendra-t-elle en pareil cas? à l'héritier contractuel ou aux héritiers du sang?

Ce point est réglé par l'art. 1086 en faveur de l'héritier contractuel [6]. C'est aussi dans ce sens qu'il l'avait été par l'art. 18 de l'ord. de 1751. Mais il n'est pas sans intérêt de s'instruire de la jurisprudence qui avait précédé cette ordonnance.

Les époux de Chastelus, en mariant leur fille, l'instituèrent leur héritière, se réservant la disposition de 20,000 livres. Ils moururent sans avoir disposé de cette somme. Les héritiers *ab intestat* disaient que la somme, ayant été exceptée de l'institution, n'appartenait pas par conséquent à l'héritier contractuel; que c'était à eux qu'elle devait revenir par la force de la loi; que telle était la disposition de l'art. 243 de la coutume du Bourbonnais, et de l'art. 119 de la coutume de Sedan.

Néanmoins, l'arrêt du parlement de Paris, du 2 avril 1628, ne leur fut pas favorable [7]. Outre les circonstances particulières de la cause, on considéra que la réserve n'empêche pas que la chose ne soit dans l'institution. Seulement, le disposant veut échapper à la loi qui l'empêche d'en disposer, et c'est là le but de la clause de réserve; il n'entend pas limiter l'institution; il ne veut que limiter l'interdiction qu'il s'est faite à lui-même de disposer de son bien à titre gratuit [8]. Il ne faut pas confondre la réserve faite dans une donation dont parlent seulement les coutumes du Bourbonnais et de Sedan, avec la réserve faite dans une institution [9]. La première exclut la chose de la donation; sans quoi, l'on donnerait et l'on retiendrait; ce qui ne se peut. La seconde n'exclut pas la chose de l'institution; mais elle le soumet à la libre disposition du disposant : ce qui peut se faire dans les contrats de mariage [10].

[1] Cassation, 13 janvier 1818. Devill., 3, 1, 400. Grenier, n° 415. Merlin, *Repet.*, v° *Instit. contract.*, § 8, n° 6. *Supra*, n° 1193 et suiv.

[2] Sur l'art. 222 de la cout. de Bourbonnais. *Junge* sur l'art. 51, ch. 14 de la cout. d'Auvergne.

[3] Riom, 4 août 1820 (Devill., 6, 2, 501. *Journal du Palais*, t. XVI, p. 95.) Cassat., ch. civ., 25 février 1818 (Devill., 3, 1, 436. *Journal du Palais*, t. XIV, p. 660.) Riom, 4 mai 1819 (Devill., 6, 2, 64. *Journal du Palais*, t. XV, p. 252); il s'agissait d'une donation déguisée. Lebrun, *Success.*, liv. 3, ch. 2, n° 18. Brodeau sur Louet, lettre S. somm. 9, n° 5. Furgole, sur l'art. 13 de l'ord. de 1751. De Laurière, ch. 7, n° 39, et ch. 14,

n° 7. Grenier, *loc. cit.* Coin-Delisle, n° 9 et suiv. sur l'art. 1085.

[4] Art. 948, 949 du C. Nap. Brodeau sur Louet, *loc. cit.*, *infra*, n° 2457.

[5] Riom, 15 nov. 1819 (Devill., 6, 2, 130. *Journal du Palais*, t. XV, p. 55.) *Infra*, n° 2461.

[6] *Infra*, n° 2457 et suiv.

[7] De Laurière, ch. 4, n° 168, voy. art. 1086 du C. Nap.

[8] De Laurière, ch. 4, n° 178.

[9] *Infra*, n° 2457 et suiv.

[10] De Laurière, ch. 4, 184, 185.

2352. L'usage de la clause de réserve peut se prêter à des tempéraments équitables. Pierre stipule qu'il pourra disposer à titre gratuit de telle ferme : pourquoi ne pourrait-il pas disposer, à la place de ce domaine, d'une autre ferme de même valeur et remplissant mieux son but [1]? Quel intérêt l'institué aurait-il à critiquer cette substitution sans importance, d'une chose à une autre? C'est ce qui résulte de la jurisprudence de la cour de cassation, qui a jugé en ce sens l'espèce suivante. Un père s'était réservé le droit de disposer au profit de sa femme de l'usufruit de la moitié des biens qu'il donnait à ses enfants par une institution contractuelle. Plus tard, il crut devoir modifier cette réserve, et par son testament, il légua à sa femme le droit d'opter entre cet usufruit et une rente viagère de 1,500 francs équivalente. La chambre des requêtes, en rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Riom du 3 juin 1844, décida que ce legs n'avait pas dépassé les pouvoirs du père de famille, et que l'épouse avait pu préférer la rente de 1,500 fr. à l'usufruit [2].

2353. La renonciation à une prescription étant une aliénation à titre gratuit, on demande ce qui devrait être décidé dans le cas où l'instituant renoncerait à une prescription acquise. L'institué pourrait-il attaquer cette renonciation?

Il faut distinguer, ainsi que nous l'avons fait dans notre *Comm. de la Prescript.* [3] : Si l'instituant ne fait par sa renonciation qu'obéir à un scrupule de conscience qui l'oblige à reconnaître sa dette, cette renonciation doit être respectée; sa générosité envers l'institué ne le dispense pas d'être honnête envers ses créanciers [4]. Mais si l'instituant renonce à une prescription acquise avec titre et bonne foi, c'est là un acte gratuit par lequel il n'a pu enlever à son héritier institué une espérance de son hoirie.

2354. Quant aux actes à titre onéreux, tels qu'hypothèque, établissement de servitude [5], etc., l'héritier institué doit les respecter, à moins qu'ils ne soient le produit d'un

concert dolosif, pour faire fraude à l'institution.

L'institué devrait même s'arrêter devant une vente à charge de rente viagère faite de bonne foi; c'est là une aliénation aussi solide qu'une vente faite moyennant un prix une fois payé [6].

On voit par là que si l'institué a un titre irrévocable, son émoulement est variable et ne peut être connu qu'au décès du disposant; ce n'est même qu'à partir de ce moment [7] qu'il devient propriétaire. Il n'a auparavant qu'une expectative à peu près pareille, *servatis servandis*, à celle de l'héritier en ligne directe.

2355. Mais l'héritier en ligne directe ne saurait aliéner son droit, avant qu'il soit ouvert. Il ne peut ni le vendre, ni y renoncer. N'en est-il pas autrement de l'institué contractuel [8]?

On l'a soutenu d'une manière générale malgré l'art. 1130 du Code Napoléon [9]. Je crois pourtant qu'il faut faire des distinctions pour ne pas s'égarer. Et d'abord, croit-on que l'institué puisse vendre et céder le droit que lui confère l'institution contractuelle, tant que la succession n'est pas ouverte? Croit-on qu'une libéralité qui n'a été faite qu'en considération de son mariage, et pour l'avantage de sa famille, puisse, sous les yeux du donateur et au mépris de son institution, être détournée de sa destination et mise en commerce? N'est-ce pas le cas précis de l'art. 1130 [10]? Que pourraient dire, du reste, le vendeur et l'acheteur de la future hérédité, si le disposant dans son mécontentement aliénait tout l'émoulement de sa succession future, pour ne laisser à sa mort qu'une hoirie sans valeur? Auraient-ils le droit de lui reprocher ces mesures dictées par une juste irritation, eux qui l'ont excité par leur trafic sur une chose qu'il avait donnée dans des vues différentes?

Il faut donc dire que, pendant la vie de l'instituant, l'institué ne peut se départir de l'institution; ce point était constant dans l'ancien droit, et Chabrol l'a établi avec beaucoup de force et de justesse [11].

Il y a plus : et il a été jugé sous le Code Napoléon, que l'institué ne peut convenir avec

[1] Voyez un exemple de cette conversion dans l'espèce d'un arrêt de la cour impériale de Riom, du 27 février 1836 (Devill., 8, 1, 242); le procès ne porta pas sur ce point, qui ne paraît pas avoir été contesté.

[2] Req., 26 mars 1845 (Devill., 47, 1, 120. *Journal du Palais*, 1845, t. 1, p. 597.)

[3] T. 1, n° 109.

[4] Cass., 26 mars 1845 (Devill., 47, 1, 120.)

[5] Req., 30 déc. 1825 (Devill., 8, 1, 242. *Journal du Palais*, t. XIX, p. 1084.)

[6] Riom, 4 décembre 1816 (Devill., 3, 2, 365. *Journal du Palais*, t. VIII, p. 678.) Cass., req., 15 no-

vembre 1836 (Devill., 36, 1, 306. *Journal du Palais*, 1837, t. 1, p. 17.)

[7] Jaubert, *Rapport au tribunal*, Locré, t. XI, p. 484. Fenet, IX, p. 620.

[8] Voy. *infra*, n° 2431.

[9] Zachariae, t. V, p. 521, 522.

[10] Toullier, t. XII, n° 16. Duranton, t. VI, n° 49. Riom, 30 avril 1811 (Devill., 3, 2, 484. *Journal du Palais*, 9, 291.) Voy. *infra*, n° 2431, notre observation sur cet arrêt.

[11] Chabrol sur Auvergne, ch. 14, art. 26, sect. 7.

l'instituant qu'il renonce à l'institution contractuelle moyennant l'attribution actuelle et à forfait d'un objet déterminé (1). Nous retrouvons ici l'art. 1150 du Code Napoléon. L'institué qui a consenti à ce forfait peut, après la mort de l'instituant, attaquer lui-même un acte qui lui porte préjudice; il est recevable et fondé à se prévaloir d'une nullité prononcée en toutes lettres par l'art. 1150 (2).

De là résulte que si l'instituant donne, en dehors de la limite autorisée par l'article 1083, quelques-uns des biens compris dans l'institution, l'approbation donnée à cette aliénation à titre gratuit par l'institué, avant l'ouverture de la succession, ne saurait produire d'effet. Car il renonce par là à un droit dépendant d'une succession future, et il ne le peut d'après l'article 1150 du Code Napoléon. On peut voir là-dessus la doctrine conforme de Chabrol (3). Elle se fonde de cette maxime de Dumouliéu :

« *Consensus hæreditis, viro testatore, videtur extorsus et non valet* (4); » et de plusieurs arrêts rapportés par Ricard (5), et Lebrun (6). Il ne faut rien voir de contraire à ceci dans un arrêt de la cour de Paris du 5 juillet 1821, mal interprété par certains recueils (7). Il suffit de lire l'espèce de cette décision, pour être convaincu qu'elle a été déterminée par les circonstances particulières de la cause. C'était un père qui avait doilé, au moment de leur mariage, les filles que sa femme avait d'un premier mariage, avec les biens compris dans une institution contractuelle qu'il avait faite à leur mère, et celle-ci avait approuvé ces donations, en intervenant au contrat de mariage desdites filles, et en déclarant confirmer, en tant que de besoin, lesdites donations, et consentir qu'elles eussent leur plein et entier effet.

Après la mort de son mari et lorsqu'elle persistait toujours dans sa pieuse pensée, ainsi qu'il résulte des écritures du procès, que j'ai pris soin de vérifier sur les registres de la cour impériale, ses créanciers prétendirent faire annuler son acquiescement et la renonciation qui en résultait, sous prétexte que tous ces actes avaient été faits avant l'ouverture de la succession de l'instituant; mais ils ne s'apercevaient pas que, depuis le décès de ce dernier, la mère n'avait pas échangé d'avis, et qu'au contraire elle ratifiait de plus fort des combinaisons qui assuraient le sort de ses enfants. Son consentement avait donc une vertu légale qui le mettait au-dessus de ces attaques intéressées (8).

Il y avait, du reste, dans cette affaire, une circonstance sur laquelle un souvenir de l'ancienne jurisprudence me fait insister. C'est, ainsi que cela résulte des faits constants au procès et constatés par les qualités, que la renonciation dont il s'agit avait été faite dans le contrat de mariage des filles. Or, je vois dans Chabrol qu'il arrivait souvent en Auvergne que le fils institué héritier par son contrat de mariage associât son frère à son institution, lorsque celui-ci se mariait. Mais il n'y aurait pas de bonnes raisons pour introduire cet usage dans la pratique du Code Napoléon.

Déjà même sous l'ancien droit, les arrêts le condamnaient, et Chabrol cite une sentence de la sénéchaussée d'Auvergne du mois d'août 1777, qui annula la clause par laquelle un frère avait associé, dans le bénéfice de son institution contractuelle, son autre frère qui se mariait (9). Mais sous le Code Napoléon la question devient encore plus claire par l'art. 791, qui défend, même dans les contrats de mariage, de renoncer à la succession d'un homme vivant, ou d'a-

[1] Cassat. (ch. civile), 16 août 1841 (Devill., 41, 1, 684, *Journal du Palais*, 1841, 1, II, p. 611).

[2] Cassat. (ch. civ.), 16 août 1841, précité.

[3] *Loc. cit.*

[4] Sur Auvergne, t. XII, art. 53.

[5] *Douai*, 1, n° 774.

[6] *Liv. 3*, ch. 2, n° 28.

[7] Le recueil de Devilleneuve ne donne pas les faits, omission regrettable et qui ôte à l'arrêt sa véritable physionomie; 6, 2, 429.

[8] Voici le texte de cette décision. Nous ferons remarquer, pour la saine intelligence du premier considérant, que l'arrêt dont il s'agit a été rendu sur des actes antérieurs au Code Napoléon : le contrat de mariage de l'instituant est de l'an vii. S'il en eût été autrement, la cour de Paris n'aurait pas posé la doctrine sur laquelle elle s'appuie dans cette première partie de son arrêt : doctrine admissible à certains égards sous l'ancien droit, mais trop large si l'on se met en face du Code Napoléon.

LA COUR : — Attendu qu'une institution contractuelle n'empêche pas l'instituant de disposer, même gratuite-

ment, à titre particulier, et sans fraude ou sans préjudice des droits de l'institué; que Desmots n'a pas fait fraude ou préjudice à sa femme, par lui instituée sa héritière, en dotant ses filles; qu'il a dû, au contraire, penser qu'il entraînait pleinement dans ses vœux, et ne pouvait rien faire qui lui fût plus agréable; qu'au surplus, elle seule pouvait s'en plaindre, et qu'elle ne l'a point fait; qu'elle a même déclaré expressément approuver les donations faites à ses filles, renonçant à cet égard, en tant que de besoin, au droit éventuel que lui conférait l'institution d'héritière; que, n'étant alors saisie de rien, ses créanciers, comme exerçant ses droits, n'ont pas pu critiquer cette renonciation partielle, et qu'aujourd'hui que l'instituant est décédé, ils ne peuvent se prévaloir que sur les biens qu'il a laissés dans sa succession. — Adoptant, au surplus, les motifs des premiers juges, met l'appellation au néant. (*Journal du Palais*, t. XVI, p. 721.)

Le recueil de Devilleneuve donne à cet arrêt la date du 11 juin 1821. Mais elle est inexacte, ainsi que je m'en suis assuré sur les registres de la cour (6, 2, 429).

[9] Sur Auvergne, ch. 14, art. 26, sect. 7.

liéner les droits éventuels qu'on peut avoir sur cette succession. Ou peut bien, dans une institution contractuelle, pactiser sur sa propre succession; mais il n'est pas permis de disposer dans un tel acte de la succession d'une tierce personne vivante. C'est ce qu'a très-bien établi un arrêt de la cour de Toulouse du 16 avril 1842, bien qu'il ne touche la question qu'à d'une manière épisodique et incidente [1].

Ou peut d'ailleurs fortifier le texte de l'article 791 du Code Napoléon par des raisons frappantes. Quand la tierce personne dont la succession future est en jeu, n'est pas partie dans le pacte, il est évident que c'est lui faire injure que de spéculer ainsi sur l'événement de sa mort et sur des choses qui lui appartiennent [2]. Que si, au contraire, elle vient y prendre part, un inconvénient d'un autre genre est à craindre. Il est possible, en effet, qu'elle se repente de sa libéralité, et qu'elle use de son autorité pour forcer le donataire institué à partager cette libéralité avec une autre personne devenue l'objet de nouvelles affections. C'est ce que l'on a vu souvent dans les familles, et de là naissent des causes de division et de fâcheuses instabilités dans les actes matrimoniaux. Supposons que Primus ait institué Secundus, son fils aîné, son héritier contractuel par préciput et hors part; il voit que ce fils n'a qu'une fille, et il obtient de lui, par ses obsessions, qu'il partagera son institution contractuelle avec Tertius, son fils cadet, qui se marie, espérant que ce mariage pourra donner naissance à des mâles qui soutiendront le nom.

Secundus n'a pas agi librement; il n'a cédé aux volontés de son père que *ne pejus faceret*. Combien la loi ne serait-elle pas imprévoyante, si elle laissait les contrats de mariage soumis à de telles instabilités, et le sort des familles livré à de tels changements d'affection [3]?

2356. Quant à la renonciation de l'institué qui a lieu après le décès du disposant, elle est valable, et on ne saurait lui opposer l'acceptation qu'il a faite de la future succession dans son contrat de mariage. Cette acceptation n'envêpe pas le droit de renoncer ultérieurement à la succession, parce qu'elle n'est pas l'acceptation de la succession, mais seulement l'accep-

tation du titre qui rend apte à succéder. En faisant un héritier à l'instar de la loi, l'institution met cet héritier dans le droit commun. Or, tout héritier qui ne s'est pas immiscé à le droit de répudier. C'est ce qu'établissait expressément en faveur de l'héritier contractuel l'article 225 de la coutume de Bourbonnais. La raison le proclamerait quand même cet article ne le déciderait pas. Mais remarquez que si l'institué contractuel avait accepté la succession après le décès de l'instituant, il ne lui serait plus permis de renoncer ensuite. C'est le cas de la maxime *semel heres, semper heres* [4].

Lorsque la renonciation de l'institué contractuel intervient après le décès du disposant *rebus integris*, si ce dernier a donné la quotité disponible à un légataire ultérieur, c'est à celui-ci que profite la renonciation de l'institué qui lui faisait obstacle. On ne saurait appliquer ici l'article 786 du Code Napoléon, d'après lequel la renonciation d'un héritier profite à ses cohéritiers [5]. La volonté du défunt est la loi souveraine, et il faut s'arranger de manière à ce que ses dispositions formelles sortent à effet. Il suffit que les réserves et les légitimes restent intactes; quand elles sont entières, les réservataires ne peuvent se plaindre de voir un excédant leur échapper par la volonté de leur auteur [6].

2357. Puisque l'institution contractuelle est un don de la succession future du disposant, il s'ensuit que l'institué doit survivre au disposant; sans quoi la disposition serait caduque d'après les principes généraux (art. 1089) [7].

Pourtant, si l'institué contractuel précède la naissance des enfants, on suppose toujours que ces enfants ont été appelés à son défaut, quand bien même il n'y aurait pas de stipulation à ce relative [8]. La substitution vulgaire au profit des enfants est toujours sous-entendue dans l'institution contractuelle qui est faite en vue du mariage et de la famille, et qui se complait dans l'idée que des enfants viendront faire le bonheur des époux. Alors ces enfants se présentent *jure suo*. Le disposant ne pourrait faire aucune disposition révocatoire qui lésât leurs droits. Il est lié à leur égard aussi bien qu'il l'était envers le premier appelé [9]. Il n'en serait autrement

[1] Devill., 42, 2, 585. *Journal du Palais*, 1842, 1. I, p. 741.

[2] Chabrol, *loc. cit.*

[3] *Infra*, n° 2451 et surtout 2356 et suiv.

[4] Cassat., 11 janvier 1855 (Devill., 55, 1, 70.)

[5] Cassat., req., 20 décembre 1845 (Devill., 44, 1, 214). Bordeaux, 5 février 1844 (Devill., 44, 2, 345. *Journal du Palais*, 44, 1. II, p. 429). Agen, 22 avril 1844 (Devill., 44, 2, 391. *J. du Pal.*, 44, 1. II, p. 469).

[6] *Supra*, n° 2160.

[7] De Laurière, ch. 7, n° 30. *Infra*, n° 2478.

[8] De Laurière, *loc. cit.*, et ch. 4, n° 139. Brodeur sur Lozet, lettre S. somm. 9, n° 10. *Infra*, n° 2409. Coût. de la Marche, art. 294. Auvergne, l. XIV, art. 17. Grenier, *Donat.*, n° 405.

[9] Toulouse, 3 juin 1825 (Devill., 8, 2, 85. *Journal du Palais*, 19, 347).

qu'autant que le disposant se serait réservé le droit de partager ses biens inégalement entre ses petits-enfants dans le cas où le fils institué viendrait à précéder.

Du reste, quand on dit que les enfants sont substitués à leur père, on n'entend parler que des enfants nés du mariage en faveur duquel l'institution a été faite. Mais il n'y a pas de substitution au profit des enfants nés d'un autre mariage.

Ainsi, un homme veuf, ayant un enfant de son premier lit, se remarie, et un ami lui fait une institution contractuelle en faveur de ce second mariage. L'institué décède sans enfants de cette dernière union, avant l'instituant. L'enfant né du premier mariage ne sera pas réputé substitué vulgairement [1].

Où bien, un homme reçoit d'un ami une institution contractuelle en faveur d'un premier mariage. Devenu veuf sans enfants, il se remarie, et précède en laissant des enfants de ce second mariage. L'institution faite en vue du premier mariage ne s'étendra pas aux enfants du second [2]. Ces derniers sont étrangers par rapport à l'institution contractuelle.

La cour de Bourges a cru qu'il pourrait en être autrement si l'institution émanait d'un père à son fils, « parce que ses petits-fils, de quelque « mère qu'ils soient nés, sont toujours l'objet « de son affection [3]. » Remarquons que cette cour n'avait pas à juger la question posée dans ces termes. Sa proposition est-elle bien exacte ? Le père peut n'avoir pas vu avec la même faveur les mariages divers de son fils. Serait-il juste d'étendre d'un cas à l'autre des libéralités exceptionnelles qui n'ont été déterminées que par la contemplation de telle union précise ? Peut-on dire qu'au moment de l'institution, le père a songé à une substitution si contraire aux augures du mariage célébré, si éloignée des espérances qu'on se promettait ?

2255. L'institution contractuelle, étant une disposition exorbitante du droit commun, ne peut être étendue hors des cas pour lesquels elle a été introduite. Il faut donc qu'elle soit conçue dans des termes qui excluent l'équivoque, et qui soient nettement et clairement d'accord avec les idées que la loi attache à ce genre

de disposition. Non pas qu'il y ait lieu de s'arrêter ici à des formules sacramentelles que repousse l'esprit de notre droit ; mais il faut une volonté formelle et indubitable.

Dans l'ancienne jurisprudence, on voyait une institution contractuelle dans la disposition par laquelle un père, en mariant son fils, le déclarait fils aîné et principal héritier [4]. Comme il n'était pas possible qu'un fils ainsi marié pût profiter de cette déclaration et reconnaissance, sans être héritier du père ou de la mère qui les avaient faites, on le tenait pour héritier contractuel en sa portion d'aîné et dans une quotité de la succession [5] ; on voyait dans la disposition une fixation dans sa personne du droit à lui destiné par la coutume [6]. Il est vrai que cette institution contractuelle produisait des effets particuliers ; elle n'instituait pas le fils dans les biens que le disposant laisserait à son décès, mais seulement dans les biens possédés au temps du mariage [7]. De là l'interdiction imposée par certaines coutumes d'outre-Loire [8] à l'instituant d'aliéner les biens possédés au jour du mariage de l'aîné ; ou bien à Paris et dans les coutumes analogues [9] plus larges envers le disposant, la défense à l'instituant d'avanter soit les autres enfants, soit un étranger, au préjudice de l'institution, dans les biens possédés lors du mariage. On voit que ce genre d'institution contractuelle s'écartait du droit commun ; elle n'affectait que certains biens, elle n'assurait au principal héritier qu'un droit dans la fortune présente du donateur ; tandis que l'institution contractuelle proprement dite porte sur sa succession future. Elle n'en était pas moins une institution contractuelle caractérisée, quoique partielle. En principe, rien n'empêche l'instituant de modifier sa libéralité et de la rendre plus ou moins pleine. Elle ne perd rien de son caractère, parce que, par suite d'une volonté spéciale, elle n'a trait qu'aux biens existants lors du contrat de mariage plutôt que de se référer aux biens existants lors du décès [10].

Aujourd'hui le père qui, dans le contrat de mariage de son fils, le déclarerait son héritier, ferait une institution contractuelle proprement dite. Il ne faudrait pas dire qu'il n'a fait qu'une simple

[1] De Laurière, ch. 7, n° 36.

[2] De Laurière, loc. cit., n° 39. Bourges, 19 décembre 1821 (Devill., 6, 2, 502. *Journal du Palais*, 16, 1028).

[3] Loc. cit. Junge Lebrun, cité *infra*, n° 2478.

[4] De Laurière, ch. 3, n° 3 et suiv. Coutume d'Anjou, art. 243 ; du Maine, art. 262 ; de Touraine, article 202 ; de Loudunais, ch. 26, art. 4 ; de Normandie, art. 244. Loisel, liv. 2, l. 1V, règle 1.

[5] De Laurière, ch. 3, n° 12.

[6] Id. n° 16.

[7] Id. n° 30.

[8] Anjou, loc. cit., et autres précitées. Lamoignon, *arrêts*, des *Inst. contract.*, art. 9. De Laurière, ch. 3, n° 39, p. 112.

[9] Loisel, 40, 2, l. 1V, règle 10. De Laurière, ch. 3, n° 27.

[10] De Laurière, ch. 3, n° 2 et 13.

indication, « une démonstration du doigt [1]. » Est-ce qu'il avait besoin de dire à la famille à laquelle il s'unit : « Voilà mon fils ; c'est à lui » que la loi défère ma succession ? La famille ne l'ignore pas ; elle n'a rien à apprendre par cette déclaration. Mais elle a entendu et dû entendre que le père assure à son fils sa part héréditaire dans sa succession ; qu'il s'oblige à la lui conserver comme s'il mourait intestat ; qu'il la fixe sur sa tête, et fortifie le vœu de la loi par le lien du contrat. En droit romain, *heredem declarare* ne signifie pas autre chose qu'instituer un héritier [2]. Déclarer un héritier, reconnaître un héritier, c'est donc faire une institution contractuelle [3] ; non pas cette institution restreinte aux biens présents, qui était la suite de la déclaration d'ainé (une telle institution est loin de nos habitudes et de nos idées), mais une institution ayant trait aux biens laissés au décès du donateur et assurant la part héréditaire *ab intestat*, sans diminution possible par des libéralités faites au préjudice de cette promesse.

Il faudrait voir aussi une institution contractuelle dans la disposition contenant promesse de conserver à un ou plusieurs enfants leurs portions héréditaires [4].

À cette promesse, signalée par Ricard et de Laurière, revient la clause suivante, usitée en Picardie, et dans laquelle un père, après avoir fait don à son fils, par contrat de mariage, d'une rente de 400 fr., ajoutait : « en attendant sa » succession, à laquelle le futur est expressément réservé. » Le père ayant fait ensuite plusieurs legs à sa veuve, ces legs furent annulés, parce qu'ayant institué contractuellement son fils, il ne pouvait pas empiéter cette institution par des libéralités faites à autrui [5]. Comme le dit la cour d'Amiens dans un arrêt du 15 décembre 1838, rendu dans une espèce à peu près pareille, la promesse de réserver sa succession contient la promesse d'une part héréditaire, et montre que le père a entendu renoncer à la faculté que la loi lui accorde de disposer de ses biens à titre gratuit au préjudice de l'enfant marié avec cette promesse [6].

Enfin on est d'accord pour apercevoir une institution contractuelle dans la clause connue dans la jurisprudence sous le nom de promesse

d'égalité. Nous en parlerons plus bas avec quelques détails [7].

Tout le monde reconnaît aussi, à peu d'exceptions près [8], que la simple promesse d'instituer un héritier, faite par contrat de mariage, a le même effet que l'institution elle-même. Vainement, dirait-on que cette promesse doit se résoudre en dommages et intérêts [9]. Étant faite dans un contrat de mariage, pour servir de fondement à l'établissement des époux, elle équivaut à une institution [10]. L'art. 1589 du Code Napoléon nous montre qu'il n'est pas nouveau, en droit, que la promesse de faire une chose ait la force même de l'obligation de la faire. Ceci doit avoir lieu surtout quand la promesse a été acceptée comme base de l'union conjugale et comme dot du mariage.

2359. Mais on ne pourrait voir une institution contractuelle dans une clause par laquelle un père, en mariant son fils, lui ferait donation de certains biens présents, en le chargeant de les rapporter à la masse, pour être partagés avec ses autres biens entre tous ses enfants, « suivant » le droit qu'ils pourront y avoir. » Ces derniers mots indiquent hatement que le père n'a pas voulu se lier, et que ce n'est pas une institution contractuelle qu'il a entendu faire [11].

Voici une autre espèce analogue : Un frère donna à son frère qui se mariait 1,000 fr., à prendre par préciput dans sa succession, ajoutant « que le donataire concourrait au partage » de cette succession avec les autres héritiers, « après prélèvement de la somme donnée. »

Le donateur, en mourant, laissa un légataire universel. Mais le donataire prétendit qu'une part héréditaire lui avait été promise par son contrat de mariage et que le legs universel n'avait pu porter préjudice à cette assurance. Il fut repoussé dans sa demande parce que la clause n'était qu'une simple explication du préciput [12].

Citons une dernière espèce :

Chausson donna à son neveu Anthelme Chausson, par contrat de mariage, cinq parcelles de fonds immeubles. Il ajouta, par une clause particulière, que le futur, outre les immeubles qui venaient de lui être donnés, prendrait dans la succession du donateur une portion égale à celle de ses frères et sœurs, autres neveux du disposant. Plus tard, Chausson est décédé, laissant

[1] De Laurière, *loc. cit.*, n° 5, 8, 9 ; et ch. 3, n° 39.

[2] L. 15 et 19, C. de test.

[3] De Laurière, *ch. 3*, n° 29, 36.

[4] De Laurière, *loc. cit.*, ch. 5, n° 17.

[5] Cass., req., 8 décembre 1837 (Devill., 38, 1, 476). Rejet du pourvoi contre un arrêt d'Amiens.

[6] 15 décembre 1838 (Devill., 39, 2, 204).

[7] N° 2376.

[8] De Laurière, *ch. 4*, n° 25.

[9] *Id.*, *ibid.*

[10] Merlin, *Répert.*, v° *Instit. contract.*, § 6, n° 1.

[11] Cass., req., 13 juin 1814 (Devill., 4, 1, 511. *Journal du Palais*, 12, 31).

[12] Cass., req., 19 novembre 1834 (Devill., 38, 1, 445. *Journal du Palais*, 26, 1031).

un testament par lequel il instituait pour ses légataires universels deux frères d'Anthelme.

Anthelme a prétendu que son contrat de mariage portait en sa faveur une institution contractuelle qui avait empêché le donateur de disposer ultérieurement à titre gratuit. Les légataires ont soutenu au contraire que le contrat de mariage de leur frère n'avait pour but et pour objet que les cinq parcelles; que pour le surplus, Chausson n'avait pas eu la pensée de faire une institution contractuelle; que son unique préoccupation avait été de déclarer qu'en venant au partage avec ses frères et sœurs, Anthelme Chausson retiendrait par préciput, outre sa part virile, les cinq parcelles à lui données; que de là ne résultait aucun dessaisissement plus étendu pour ce qui excédait ces cinq parcelles.

C'est ce dernier système qu'a accueilli la cour de Lyon par arrêt du 8 décembre 1841, confirmé par arrêt de la chambre des requêtes du 3 janvier 1843 [1]. Ce dernier arrêt constate que la clause pouvait sans doute se prêter à une institution contractuelle; mais qu'on pouvait aussi la considérer comme ne présentant qu'une manière plus positive d'expliquer que, le cas de partage arrivant, le donateur entendait que la donation des cinq parcelles ne fût sujette à aucun rapport; que dès qu'il y avait du doute sur le sens et le caractère de ces dispositions, la cour avait pu les interpréter dans le sens le plus conforme aux intentions présumées des parties.

2360. Il ne suffit pas que le disposant veuille faire une institution contractuelle; il faut de plus qu'il en observe les conditions constitutives, et par conséquent il faut 1° que sa libéralité soit faite au profit d'une personne qui va contracter mariage, et dans la vue de favoriser ce mariage; de telle sorte que, si le mariage n'avait pas lieu, la disposition ne subsisterait plus;

2° Il faut que la libéralité s'adresse à une personne capable; c'est pourquoi elle ne serait pas valable si elle était faite directement aux enfants à naître du mariage. L'article 1082, d'accord avec l'article 1081 [2], n'adopte pas le système de l'ordonnance de 1731 (art. 17), qui permettait de faire des institutions contractuelles au

profit des enfants à naître, en passant sur la tête des futurs époux. Les enfants ne peuvent être appelés que comme substitués vulgairement à leurs auteurs, donataires nécessaires en premier ordre [3];

3° Enfin, il faut que l'institution contractuelle soit faite par le contrat de mariage [4], ou bien, avant le mariage, par un acte séparé, mais qui se rapporte au contrat de mariage et soit censé en faire partie [5]. Nous disons : et soit censé en faire partie; car si cet acte séparé n'était pas un annexe du contrat de mariage, s'il n'était qu'une simple donation ordinaire, l'institution contractuelle serait nulle. En effet, autre chose est une donation par contrat de mariage et une donation en faveur de mariage. Une institution contractuelle ne vaut que par contrat de mariage [6].

D'où il suit que si l'institution contractuelle est faite postérieurement au mariage, elle est nulle [7]. Le président Favre constate ce point de notre droit français, en en donnant la raison décisive [8] : « *Ubi matrimonium contractum est, nullas potest recipere actiones quas legibus prohibeantur, nec si quis vellet in eam rem matrimonii favorem obtendere; quia non potest dici contrahentes aliter non fuisse contracturos, qui jam contraxerunt; quare nec, si ponas millies intervenisse iurandum in contractu facto post initum matrimonium, valebit tamen pactio apud Gallos, sive sit facta de succedendo, sive de non succedendo, quia extra dotales tabulas habent pro vero et inviolabili, hereditatem pacto dari non posse.* »

A la vérité, le droit romain autorisait à faire des pactes matrimoniaux postérieurement au mariage. Mais cette règle, depuis longtemps abrogée dans toute la France [9], a été de plus en plus rejetée par le Code Napoléon, qui veut que toutes les stipulations matrimoniales précèdent le mariage.

2361. Puisque l'institution contractuelle ne peut être faite qu'au profit d'une personne qui va contracter mariage, on demande si la clause d'association, fort commune dans l'ancien droit français, est ou non abrogée sous le Code Napoléon [10].

[1] Devill., 43, 1, 329.

[2] Bourdonnois, art. 219, Auvergne, ch. 14, art. 26. Lamoignon, t. XXXIX, art. 2.

[3] *Infra*, nos 2370, 2440.

[4] *Supra*, no 2341.

[5] Fargole, sur l'art. 13 de l'ordonn. de 1731 (t. V, p. 102). Zachariae, t. V, p. 306. Merlin, *Répert., v. Instit. contr.*, § 3, no 1. Toullier, t. V, no 830. *Infra*, 2470.

[6] Nîmes, 8 janvier 1830 (Deville., 30, 2, 91). *Infra*, no 2470.

[7] Art. 1394, 1395 du C. Nap.

[8] *De errorib. Pragma.*, Decad. 28, err. 6, no 11.

[9] Favre, *loc. cit.* Non commentaire du Contrat de mariage, nos 171 et suiv. Voet, *ad Pandect. de pact. dotal.*, no 1.

[10] *Supra*, no 133.

Cette clause d'association consistait en ce que le donateur, en instituant la personne à marier, la chargeait de s'associer ses frères et sœurs pour une certaine quotité. Cette association était une charge de l'institution; elle faisait fidéicommiss; on la considérait comme une substitution fidéicommissaire dont l'instituant grevait l'institué [1]; et l'on se fondait à cet égard sur la loi 19, § 1, au Dig., *ad S. C. Treb.*, où l'on met dans la classe des substitutions fidéicommissaires la disposition suivante: « *Te rogo, Luci a Tili, ut hereditatem meam cum Attio par-tiaris.* »

Cette substitution était autorisée par la loi; car, quoiqu'il fût défendu d'instituer contractuellement quelqu'un qui ne se mariait pas, néanmoins l'on sait qu'en droit il est souvent permis de faire indirectement ce que l'on ne peut faire directement [2]. Créer dans une institution contractuelle un fidéicommiss au profit d'un tiers, ce n'est pas instituer ce tiers contractuellement; c'est seulement imposer à l'institution une charge qui la modifie. Aussi Henrys enseigne-t-il qu'après avoir fait une institution contractuelle, on pouvait substituer au futur époux ses enfants à naître d'un autre mariage, ou des étrangers [3]. La raison en est, suivant Furgole [4], que la substitution n'est qu'un accessoire de l'institution, et que si le principal est bon, les accessoires sont valables. Ajoutons que quelques auteurs, et particulièrement Lebrun [5] et Furgole [6], enseignaient que cette substitution au profit d'un tiers absent pouvait être révoquée. Mais ce que ces auteurs avaient écrit à cet égard était antérieur à l'ordonnance de 1747 sur les substitutions, qui avait fait une innovation remarquable, en disposant que toute substitution apposée à une institution contractuelle serait irrévocable.

Que si l'on examine, maintenant, si la clause d'association est proscrite par le Code Napoléon, on trouve une contrariété d'avis parmi les auteurs. Merlin pense que cette clause est licite [7]. Mais en général les auteurs la condamnent [8];

et c'est aussi ce qu'a fait un arrêt de la cour de Bourges du 19 décembre 1821 [9].

Merlin se fonde sur cette raison, à savoir, que les simples fidéicommiss qui n'emportent pas trait de temps à la mort du grevé, et qui ne forment pas un nouvel ordre de succession, sont autorisés par la disposition de l'article 1121 du même Code [10]; que la charge d'associer n'emporte pas trait de temps à la mort de l'institué; que c'est un fidéicommiss pur, qui rentre dans la disposition de l'article 1121, charge ou fidéicommiss dont les institutions contractuelles sont susceptibles, ainsi qu'il vient d'être dit d'après l'ancienne jurisprudence; car rien n'empêche de les modifier par des charges.

Merlin ajoute qu'on aurait tort de croire que le disposant ait voulu faire une institution contractuelle au profit des associés. Il n'a entendu faire qu'une donation à cause de mort.

Mais nous n'en demandons pas davantage pour nous séparer de l'opinion de Merlin. Si cette donation à cause de mort dont il parle pouvait se ranger dans la catégorie des donations pures ou des legs purs, il n'y aurait rien à dire à sa proposition. Mais elle n'est pas autre chose qu'une disposition à cause de mort par contrat irrévocable; elle n'est ni une donation de choses présentes, ni une libéralité testamentaire révocable. Elle est un composé de donation et de testament que le Code n'autorise qu'au profit des personnes qui vont se marier, et en vue de leur mariage.

2362. Mais, l'association étant déclarée nulle, quel sera le sort des parties atteintes par la nullité? Tourneront-elles au profit de l'institué principal? Rentreront-elles dans la succession *ab intestat* du disposant? D'après l'art. 900 du Code Napoléon, la question semble tranchée au profit de l'institué; d'autres la résolvent en faveur de l'héritier légitime [11]. Toutefois nous voudrions que l'on consultât l'intention du donateur; car c'est plutôt ici une question de volonté qu'un cas précis de l'application de l'article 900 [12].

[1] Bergier sur Ricard, *Des substit.*, ch. 8, in fine, et ch. 6, n° 288. Chabrol, sur Auzerne, t. II, p. 536.

[2] On a une preuve de ceci dans le legs de la chose d'autrui. On ne peut, comme chacun sait, léguer directement la chose d'autrui. Mais personne ne conteste qu'on ne puisse le faire par forme de charge ou de condition.

Une autre preuve, c'est qu'en ne peut donner directement que par donation ou testament. Cependant, d'après l'art. 1121 du Code Napoléon, on peut donner indirectement à quelqu'un par forme de charge même dans un acte sous seing privé.

[3] Henrys, liv. 6, ch. 5, quest. 23.

[4] Sur l'art. 13 de l'ordonn. de 1731. Voy. aussi la 5^e quest., t. VI, p. 45, n° 64.

[5] *Success.*, liv. 3, ch. 2, n° 13.

[6] Furgole, loc. cit.

[7] *Repert.*, v° *Instit.*, contract., § 3, n° 2.

[8] Grenier, n° 425 et son annotateur Dorantou, t. IX, n° 694. Zachariae, t. V, p. 502.

[9] Devill., 6, 3, 303. *Journal du Palais*, 1821, t. XVI, p. 1028.

[10] *Supra*, n° 102.

[11] Bourges, 19 décembre 1821 (Devill., 6, 2, 502. *Journal du Palais*, 16, 1028). Mais cet arrêt ne discute pas la question, et il touche même des raisons qui vont en sens contraire de sa décision. Car il dit dans ce des considérants que la clause d'association est nulle et révoquée non écrite. Si elle est révoquée non écrite, pourquoi la cour n'applique-t-elle pas l'art. 900?

[12] Coïn-Delelie (n° 59 sur 1085) s'exprime ainsi au

2363. On a agité la question de savoir si le droit d'accroissement a lieu en matière d'institution contractuelle [1]. Mais il n'y a pas de bonne raison pour penser qu'on ne doit pas l'admettre. L'institution contractuelle n'est qu'un testament irrévocable; elle ne dispose que de la succession; on doit donc lui appliquer les règles des testaments sur l'accroissement. Vainement objecterait-on que les institutions contractuelles tiennent de la nature des donations par l'acceptation qui en est faite par le mariage. Il est facile de voir que cette acceptation ne saisit nullement le donataire comme dans la donation entre-vifs [2].

Supposons donc qu'un père qui a trois fils, en marie deux, et qu'il les institue, par le même contrat de mariage, héritiers des deux tiers de ses biens. L'aîné de ces deux garçons meurt sans enfants, avant son père; le père meurt ensuite: la portion de cet aîné appartiendra au second garçon institué, et non au troisième *ab intestat*. L'aîné et le puîné sont conjoints et cohéritiers; ils succèdent *eodem jure* comme institués par le même contrat de mariage. Le troisième ne succéda que *ab intestat* et par conséquent *dicere jure* [3].

2364. Nous avons vu, par le texte de l'article 1082, que l'instituant peut donner à l'institué tout ou partie des biens qu'il laissera à son décès. Il suit de là que l'institution contractuelle est tantôt universelle, tantôt à titre universel. Ce n'est pas tout: et comme qui peut le plus peut le moins, il faut dire que l'instituant est maître, à plus forte raison, de ne faire par son institution qu'un legs particulier; l'institution contractuelle, n'étant qu'un testament par contrat, se prête aux mêmes variétés que le testament lui-même. L'instituant fait, par ce testament exceptionnel sur les biens de sa future succession, tout ce que sa volonté pourrait faire par un testament ordinaire. Ainsi, par exemple, il pourra instituer le futur dans 150,000 fr. à prendre dans sa succession [4], ou dans 700,000 francs qui seront exigibles après son décès [5].

C'est là une institution partielle, ou à titre particulier, dont rien ne pourrait ébranler la force et l'autorité, surtout si on se pénétre des termes de notre article.

2365. Cette distinction entre l'institution universelle, l'institution à titre universel et l'institution à titre particulier, sert à résoudre la question de savoir quand et comment l'institué est tenu des dettes. L'institué, n'étant qu'un légataire, mesurera son obligation sur celle du légataire, dont la situation varie d'après l'étendue du titre qui l'institue. On peut recourir à ce que nous avons dit *suprà* à cet égard [6].

Supposons une institution contractuelle universelle, faite par un individu n'ayant pas d'héritier à réserve. C'est là un titre universel transférant l'hérédité; et l'héritier futur doit être tenu *ultrâ vires*, quand il n'use pas du bénéfice d'inventaire [7].

En effet, cet institué est autant héritier que celui qui succède par la nature et la loi. Comment d'ailleurs serait-il possible qu'il ne payât les dettes qu'à proportion de ce qu'il amende, tant qu'il n'a pas d'inventaire à opposer aux créanciers qui le poursuivent?

Il est tenu même des dettes postérieures à l'institution; car l'institution contractuelle a en vue l'époque du décès du disposant. Elle agit ici comme testament. Il est vrai qu'elle est irrévocable; mais ce n'est que pour empêcher l'instituant de faire un autre héritier; elle n'en a pas moins le même effet que le testament.

2366. Nous venons de comparer l'institué contractuel à un légataire. Dans le droit coutumier, on semblait aller un peu plus loin. On le tenait pour un héritier véritable, semblable à l'héritier de la loi et saisi comme ce dernier, même contre l'héritier du sang; l'institution contractuelle se montrait comme une dérogation à l'article 318 de la coutume de Paris, portant: « le mort saisit le vif son hoir le plus proche et habile à lui succéder. » Et, bien que d'après cet article, nul héritier testamentaire ne fût dispensé de l'obligation de demander la dé-

la question: « Quoique la clause d'association se présente sous la forme d'une condition ou d'une charge imposée à l'institution, rien n'empêche que la juge ne pénétre l'intention des parties et n'adjuge le tout au donataire principal, s'il reconnaît que l'intention dominante a été de lui tout donner, et que la charge, nulle en elle-même, n'eût été qu'une condition dont la défaillance devait profiter à l'institué; au contraire, s'il reconnaît que, par erreur de droit ou par l'insuffisance de la rédaction, on ait sous une forme conditionnelle fait une véritable disposition, le juge ne permettra pas que l'institué profite de ce que l'instituant n'aura pas voulu lui donner. »

[1] De Laurière, *Instit. cont.* ch. 4, n° 142.

[2] Dumoulin, art. 17, t. XIV, coutume d'Auvergne.

Ricard, *Donat.*, partie 3, n° 481. Furguie, sur l'art. 1 du l. II de l'ordonnance de 1747. Grenier, n° 422. Toulhier, t. V, n° 844. Delvincourt, note 8 sur la p. 33. Vazeille, n° 10 sur l'art. 1082.

[3] De Laurière, *loc. cit.*, ch. 4, n° 160. *Suprà*, n° 2187 (art. 1044).

[4] Cassat, req., 1^{er} mars 1821 (Devill., 6, 1, 590).

[5] Cassat, req., 15 juillet 1835 (Devill., 36, 1, 153). *Contrà*, Duranton, t. IX, n° 676.

[6] N° 1836, 1857, 1903. Voy. aussi *infra*, n° 2454.

[7] Lebrun, *Success.*, liv. 3, ch. 2, n° 7 et 41. De Laurière, ch. 2, n° 8, et ch. 4, n° 125. Furguie, t. VI, p. 404. *Suprà*, n° 1836. *Infra*, n° 2415. Pothier, Orléans, t. XVII, *Introd.*, n° 25.

livrance à l'héritier *ab intestat* [1], on faisait à l'héritier institué la faveur de le considérer comme saisi en vertu de son titre, tenu pour aussi sacré que celui de la nature [2]. On lui appliquait la maxime : « Le mort saisit le vif. »

Nous ne croyons pas, sous le Code, qu'il soit nécessaire d'agiter des questions de qualité qui ne sont plus que des questions de mots. Au fond, il faut dire que l'institué contractuel est saisi en vertu de son contrat et dispensé de la demande en délivrance. D'après les art. 938, 1138 et 1583, le consentement transfère la propriété sans tradition, et c'est ce qui est décisif ici. Sans doute, l'institution contractuelle ne transfère pas la propriété d'un objet corporel; mais elle donne et transfère un droit de succession; elle en fait une cession gratuite; elle saisit par conséquent et dispense de la demande en délivrance [3]. C'est par là que l'institué contractuel diffère du légataire. Le contrat dans lequel il puise la source de son droit, lui procure un investissement conventionnel, lequel ne s'attache pas aux effets naturels du testament. Le légataire qui n'a pas contracté avec le défunt doit fortifier, par le concours des héritiers légitimes, un titre qui n'est encore qu'unilatéral. Mais l'institué contractuel a pactisé avec l'instituant; il y a un lien synallagmatique. Il ne reste plus rien à faire, pour que la libéralité soit de plein droit opposable à la succession [4].

2367. Furgole agite la question de savoir si l'institué peut diviser l'institution et s'en tenir aux biens existants lors de la donation pour réputier les biens à venir. La raison de décider serait que cette division et cette option peuvent avoir lieu dans la donation de biens présents et à venir, qui a quelques rapports avec l'institution contractuelle [5].

Mais Furgole montre très-bien que cela ne peut s'appliquer à l'institution contractuelle qui fait un héritier. On ne peut être héritier pour partie. Dans la donation de biens présents et à venir, au contraire, il y a comme deux donations distinctes, qui se peuvent diviser, ainsi que nous le verrons par le commentaire des articles suivants.

2368. Il faut voir, maintenant, quelles personnes sont capables de faire une institution contractuelle.

Cette question n'est pas sans difficulté à cause du caractère mixte des institutions contractuelles. Il y a cependant des cas où elle reçoit une prompt solution. C'est quand il s'agit de personnes qui sont également incapables de donner entre-vifs et à cause de mort. Mais la chose se complique à l'égard de celles qui, étant incapables de donner entre-vifs, ont capacité pour donner par testament.

Par exemple, le mineur est absolument incapable de faire des donations entre-vifs, en vertu de la règle : *Donare est perdere* [6]. Il peut, au contraire, faire un testament, lorsqu'il est parvenu à l'âge de seize ans; il peut disposer, par ce moyen, de la moitié des biens dont le majeur pourrait disposer [7].

De même, la femme mariée ne peut donner entre-vifs sans le consentement spécial de son mari, ou sans y être autorisée par justice. Mais elle n'a besoin ni de consentement, ni d'autorisation pour donner par testament.

Pour trancher cette question, il faut dire que, par cela seul que les institutions contractuelles sont des actes mixtes où se confondent les caractères de la donation et du testament, il suffit qu'un individu soit incapable de l'un ou de l'autre, pour qu'il ne puisse pas faire une institution contractuelle. Une institution contractuelle ne se peut faire sans qu'on aliène le plus précieux des droits, celui de faire un testament; elle contient donc une aliénation présente, et sort de la capacité de ceux qui ne peuvent aliéner entre-vifs. D'autre part, elle contient un exercice de ce droit précieux qui consiste à faire un héritier de son choix. Comment donc celui qui serait incapable de tester pourrait-il faire une institution contractuelle?

Il suit de là [8] que le mineur, par exemple, ne peut faire une institution contractuelle, puisque d'une part il ne peut aliéner, et que de l'autre instituer contractuellement, c'est aliéner pour toujours et irrévocablement le droit de tester.

2369. Mais le mineur qui se marie peut-il instituer contractuellement celle qu'il épouse?

Ici la thèse est différente. D'une part, nous sortons de l'institution contractuelle proprement dite, puisque celle-ci ne peut émaner que

[1] *Suprà*, nos 1791 et 1836.

[2] Pothier, Orléans, t. XVII, *Introd.*, nos 17 et 18. De Laurière, t. 1, p. 170, ch. 4, n° 38. Bourbonnois, art. 219. Auvergne, ch. 14, art. 26. Nivernais, t. XXVII, art. 12.

[3] Jug. du tribunal de la Seine du 27 février 1833 (Devill., 33, 2, 643).

[4] *Infra*, n° 2428.

[5] Art. 17 de l'ordonn. de 1731. Art. 1084 du C. Nap. *Infra*, n° 2397.

[6] Art. 903 du C. Nap.

[7] Art. 904 du C. Nap.

[8] Merliu, *Répert.*, *vs Instit. contract.* (p. 227, col. 1), § 4, n° 2. *Junge* Grenier, n° 454. Coin-Delisle, n° 10 sur 1082. Zachariae, t. V, p. 515.

des ascendants des époux, de leurs parents collatéraux ou de donateurs étrangers. Or, il s'agit ici d'une disposition de futur à futur, prévue par l'art. 1091 du Code Napoléon, et non d'institution contractuelle.

D'autre part, le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont le contrat est susceptible, et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. C'est ce qui résulte des art. 1095 et 1389 du Code Napoléon, combinés avec l'art. 1091.

Comme, d'après l'art. 1093 du Code Napoléon, l'époux peut, en se mariant, instituer l'autre époux son héritier, il s'ensuit que le mineur pourra, par son contrat de mariage, et avec l'assistance requise, instituer sa femme son héritière [1].

2370. Mais il ne peut instituer ses enfants à naître [2]; car, d'une part, l'article 1389 du Code Napoléon défend au mari et à la femme de rien faire, par leur contrat de mariage, qui puisse changer l'ordre légal de leur succession par rapport à leurs enfants à naître; de l'autre, aucune disposition ne donne le pouvoir à un individu qui se marie d'instituer contractuellement les enfants à naître de son mariage. L'article 1082 s'y oppose même formellement [3]. Il faut donc en revenir à la règle générale portée dans l'article 895 du Code Napoléon qui dit « qu'on ne pourra disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre-vifs ou testamentaire. »

2371. A l'égard de la femme mariée, il suit des principes exposés au n° 2368 qu'elle ne peut instituer contractuellement en ses propres et paraphernaux sans l'assistance de son mari ou l'autorisation de la justice [4].

Elle peut aussi, avec la même autorisation, instituer contractuellement un parent ou un ami dans ses biens dotaux. Il est vrai que les articles 1554, 1555, 1556 du Code Napoléon défendent d'aliéner et de donner les biens dotaux. Mais ce n'est pas là une objection sérieuse; car la femme ne se dépouille actuellement d'autre

chose que de la faculté de tester, elle fait tout simplement un testament irrévocable; elle ne dispose que pour le temps où elle ne sera plus [5].

2372. L'institution contractuelle n'est pas soumise à la formalité de la transcription. L'article 939 ne parle que des donations proprement dites, qui sont bien différentes des institutions contractuelles [6]. Coquille nous apprend que bien souvent il avait décidé que l'institution contractuelle n'était pas soumise à l'insinuation, par la raison qu'elle est une disposition faite en vue de la mort, et qu'à cause du péril des charges elle n'est pas nécessairement un titre lucratif [7]. Ces raisons ont aujourd'hui la même force et s'appliquent à la transcription aussi bien qu'à l'insinuation.

2373. Elle n'est pas révocable pour cause d'ingratitude [8].

2374. Elle n'est pas nécessairement soumise à l'acceptation [9]. Il y a quelque chose qui vaut mieux que l'acceptation la plus solennelle : c'est la célébration du mariage dont l'institution contractuelle est la condition; c'est cette création de la famille nouvelle dont elle forme la dotation et dont elle assure l'avenir.

2375. Mais elle est révocable pour cause de survenance d'enfants, conformément à l'art. 960 du Code Napoléon. La loi suppose, avec raison, comme dans le cas de donation proprement dite, que l'instituant n'aurait pas donné sa succession à un étranger s'il eût su qu'il devait avoir des enfants [10].

2376. Outre l'institution contractuelle, on rencontre souvent dans les contrats de mariage une clause connue sous le nom de « promesse d'égalité » et qui, ainsi qu'il a été maintes fois jugé par les anciens arrêts [11], équivaut à une institution contractuelle. L'effet de cette clause, que l'on appelle aussi quelquefois « promesse de part héréditaire ou promesse de réserve à succession [12], » est d'empêcher le disposant de faire à ses autres enfants des libéralités directes ou indirectes qui briseraient cette égalité qui a été la condition du mariage. Le disposant n'est plus maître d'assigner à un autre de ses enfants une portion plus grande [13].

[1] *Infra*, nos 2357, 2622 et suivants, sur l'art. 1095 et 1095.

[2] Merlin, *Répert.*, *cit. loc.*, p. 295, n° 4.

[3] *Supra*, n° 2360.

[4] Delvincourt, t. II, p. 110, note 10. Duranton, t. IX, n° 725. Dalloz, *Dispos. entre-vifs et test.*, ch. II, sect. 2, n° 8. Coin-Delisle, n° 11 sur 1082.

[5] Grenier, n° 431.

[6] Pou, 2 janvier 1827 (Devill., 8, 2, 504. *Journal du Palais*, 1827, t. XXI, p. 2). Cassat., ch. civ., 31 janvier 1852 (Devill., 32, 1, 220).

[7] Sur Nivernais, de Donat., art. 12.

[8] *Supra*, n° 1532 et suiv. (art. 959). De Laurière, ch. 4, n° 88 et suiv.

[9] *Infra* (art. 1087), nos 2469, 2470.

[10] *Supra*, n° 1538. *Jurges de Laurière*, ch. 4, n° 119. La coutume d'Auvergne ne révoquait l'institution que quant aux droits de légitime (t. XIV, art. 3).

[11] Rapports par Merlin, *loc. cit.*

[12] Amiens, 15 décembre 1858 (Devill., 39, 2, 204). Cassat., req., 8 décembre 1857 (Devill., 38, 1, 476).

[13] *Voy. supra*, n° 2345.

Vainement dirait-on que le disposant a abdiqué par là la liberté de tester, qui est inaliénable. Il a agi à peu près comme celui qui donne, aliène, s'engage, et qui, par conséquent, s'ôte le droit de disposer à l'avenir des choses aliénées [1]. Le père a fait une institution contractuelle; à la vérité il n'a pas donné nuement sa succession ou les biens qu'il laissera à son décès; mais il a assuré une part dans ces mêmes biens; il a donné, il a assorti d'une manière fixe à son fils la même part qu'auraient ses autres enfants dans sa succession [2]. Telle était l'ancienne jurisprudence [3]; telle est la nouvelle.

2377. Mais le père qui par là s'est engagé à ne pas avantager ses enfants ou l'un d'eux au préjudice de celui qu'il établit, contracte-t-il l'obligation de ne pas donner à un tiers étranger la portion disponible? Ce qu'il s'est interdit de faire pour maintenir l'égalité entre enfants, peut-il le faire à l'égard d'un étranger?

Un arrêt de la cour de Bordeaux, du 12 mai 1848, a décidé que le père conserve le droit de donner à des tiers [4], et cette opinion est aussi celle de Championnière et Rigaud [5], et de Zachariæ [6]. On peut argumenter dans le même sens d'un arrêt de la cour de cassation du 15 décembre 1818 [7].

Les faits ont une grande influence sur ces sortes de questions. Consultons avec soin ceux de l'arrêt de Bordeaux.

Dans cette espèce, un sieur Béchade, père de deux filles, avait marié l'aînée au sieur Besse; dans le contrat de mariage de cette dernière, en date du 11 novembre 1816, il avait inséré une promesse d'égalité ainsi conçue : « En faveur dudit mariage, le sieur Béchade promet à sadite fille d'observer, à son égard, une parfaite égalité, dans le partage des biens de sa succession, sans pouvoir faire aucune disposition qui diminue sa portion virile, sous la réserve spécialement de pouvoir disposer au préjudice de ladite promesse, 1° en faveur d'Anne Léaud, sa belle-sœur, de l'usufruit de la portion disponible; 2° en faveur de qui il voudra, de la somme de 7,000 fr. » Plus tard, c'est-à-dire le 27 août 1847, et pendant que ses deux filles vivaient encore, Béchade intervint au mariage d'une nommée Marguerite, fille naturelle de père et mère inconnus, et

il l'institue son héritière universelle; elle épousait un sieur Lagardère. Par cet acte Béchade déclare vouloir que la dame Lagardère succède concurremment avec ses deux filles et par égale portion, c'est-à-dire que chacune prenne un tiers de la succession, voulant que le tiers de ladite femme Lagardère s'étende jusqu'à la moitié, si sa fille non mariée vient à précéder.

En effet, la fille non mariée est morte en 1840, et Béchade est décédé en 1847.

On devine le débat qui s'éleva entre la dame Besse et la dame Lagardère. Le tribunal d'Angoulême le décida en faveur de la première.

Voici son système : Béchade a promis à sa fille de ne rien faire qui pût diminuer sa portion virile ou héréditaire. Or, pour connaître cette portion virile, il faut se reporter au moment du décès; car dans les institutions contractuelles (et Béchade n'a pas fait autre chose), ce n'est pas la date de l'institution qu'il faut considérer; c'est au moment du décès qu'il faut se reporter pour apprécier l'étendue des droits appartenant à l'institué. Or, au moment de son décès, Béchade n'a laissé qu'une fille; son autre fille étant morte. Donc cette fille, la dame Besse, s'est trouvée appelée à recueillir sa succession. C'est donc inutilement que Béchade a voulu instituer la dame Lagardère; il n'a fait que contrevenir à son engagement de ne rien faire qui pût porter atteinte à la portion virile de madame Besse dans sa succession. S'il en était autrement, son institution contractuelle serait de nul effet; il n'aurait rien donné à sa fille. D'ailleurs, il suffit de lire les réserves faites par Béchade d'une somme de 7,000 francs et d'un usufruit pour Anne Léaud, pour être convaincu qu'il s'interdisait de faire d'autres dispositions au profit d'étrangers.

Appel. — On disait pour la dame Lagardère : La promesse d'égalité suppose un partage. Mais que devient-elle, quand, par le cours des événements, il n'y a pas lieu à partage? Qu'a fait Béchade? Il a promis l'égalité. A-t-il manqué à cette promesse? Madame Besse a-t-elle éprouvé un mécompte? Non! son père lui laisse la part virile la plus forte à laquelle elle aurait pu prétendre, s'il y avait eu lieu à partager.

C'est ce système que la cour de Bordeaux a adopté, en faisant remarquer que l'interdiction

[1] *Supra*, n° 1344.

[2] *Martin, Instit. contract.*, § 6, n° 3. *Coin-Detisle*, art. 1082, n° 65. *Duranton*, t. IX, n° 655. *Rolland de Villargues, Répert. du notariat, v° Instit. cont.*, n° 50. *Jeune Paris*, 26 janvier 1833; *Donni*, 28 mars 1835; *Limoges*, 20 février 1844; *cassat.*, 11 mars 1854 (*Devill.*, 33, 2, 197; 33, 2, 379; 46, 2, 21, *Deville*, 34, 1, 178).

[3] *Lebrun, Successions*, ch. 2, liv. 3, n° 13. *De Laurière*, ch. 7, n° 20. *Martin, cit. loc.*

[4] 12 mai 1848 (*Deville*, 48, 2, 632).

[5] *T. IV*, n° 2931.

[6] *T. V*, § 739, n° 8.

[7] *Deville*, 2, 1, 359. *Journal du Palais*, t. XIV (1818), p. 1119.

contractée par Béchade « de diminuer la portion virile » était la même chose que la promesse d'égalité, portion virile et portion égale étant synonymes (1). Il faut lire cet arrêt qui contient une déduction pressante et des arguments très-graves. Le plus fondamental, c'est que le père de famille n'a eu que la pensée d'un partage, d'un concours de deux personnes au moins, et jamais celle d'une institution universelle au profit de sa fille.

2276. Ceci posé, nous ne nous sommes pas trompé quand nous avons dit qu'en cette matière, il est de la plus haute importance de consulter les faits. C'est dans les circonstances particulières de l'espèce et dans la volonté du disposant révélée par les faits, que la cour de Bordeaux a puisé sa décision. Son arrêt repose sur une appréciation de l'intention du père, bien plutôt que sur des principes de droit. C'est ce qu'on peut appeler un arrêt d'espèce (2).

Mais si on se place en dehors des particularités de telle ou telle cause, pour se mettre nettement en face d'une promesse d'égalité, ne peut-on pas dire que le père de famille qui marie son enfant et lui promet l'égalité, ou en d'autres termes qui s'oblige à ne pas faire de disposition en faveur de ses autres enfants, promet à plus forte raison de n'en pas faire à l'égard d'un étranger? Ce père donne une garantie contre les entraînements de l'affection paternelle. N'est-ce pas une raison pour qu'on le croie fort contre les tentations des tiers? et n'y a-t-il pas là une volonté claire, qui a été le gage de l'union de deux familles, et qui ne permet pas d'ultérieures libéralités au profit de tiers (3)?

2279. D'un autre côté si la promesse d'égalité est une véritable institution contractuelle, au moins quand elle est dégagée des circonstances dont nous parlions tout à l'heure, ne doit-on pas lui appliquer la règle de l'article 1085 du Code Napoléon?

On répond qu'elle n'est qu'une institution restreinte; que, dans la pensée du disposant, il n'a été assuré à l'enfant qu'une part égale à celle de ses frères et sœurs; qu'il doit par conséquent être satisfait, si ceux-ci ne sont pas avantagés, et qu'en demandant la nullité des dons faits à des tiers, il réclame ce qui ne lui est pas promis.

Mais si on y regarde de près, ne voit-on pas que la promesse d'égalité contient virtuellement en soi une assurance dans la portion disponible?

N'est-ce pas en laissant cette portion intacte que le père fera subsister l'égalité? Or, s'il a promis qu'elle resterait entière, même malgré toute préférence entre enfants, ne s'écarterait-il pas de ses engagements, quand il en dispose au profit d'étrangers qu'on devrait croire en dehors ou éloignés de ses affections? Supposons que le père ait dit: « Je vous assure une part égale dans les biens que je laisserai à mon décès. » N'appliquerait-on pas à cette disposition qui reproduit mot pour mot la formule de l'article 1082, le principe posé dans l'article 1083? Or, de bonne foi, quelle différence y a-t-il entre cette disposition et la simple promesse d'égalité? Est-ce que la pensée des contractants n'est pas nécessairement reportée sur les biens laissés au décès? Est-ce que, soit qu'on le dise, soit qu'on ne le dise pas, ce n'est pas d'une part égale dans les biens qu'il est question entre les parties?

2280. Il est reconnu, du reste, que la promesse d'égalité ne prive pas l'instituant de la faculté de disposer d'une partie de ses biens au préjudice de ceux de ses enfants en faveur de qui la promesse n'a pas été faite. Ainsi dans l'espèce qui précède, si les deux filles de Béchade lui avaient survécu, il eût dû laisser la moitié de sa succession à la dame Besse; mais il eût pu réduire son autre fille à la réserve, et disposer d'un sixième au profit de qui il eût voulu. Les enfants, auxquels la promesse d'égalité n'a pas été faite, ne sauraient s'en prévaloir sans mériter le reproche d'exciper du droit d'autrui (4).

2281. Quelquefois la promesse d'égalité se présente comme condition d'une institution contractuelle formelle. Comme par exemple: « Pierre institue sa fille son héritière pour moitié des biens qu'il laissera à son décès, avec promesse d'égalité. »

Dans cet état, on demande si Pierre a pu faire plus tard un partage entre ses enfants.

La raison de douter est que, d'après l'article 1076 du Code Napoléon, le partage d'ascendant se fait par disposition entre-vifs ou testamentaire. Or le père ne peut donner ni léguer à ses enfants ce qui leur appartient déjà, et l'article 1083 s'oppose à toute disposition à titre gratuit après l'institution contractuelle.

Mais on répond que la libéralité faite par le père ne s'oppose pas à ce qu'il répartisse ensuite par un partage entre ses enfants les valeurs de la succession qu'il leur a assurée. Il suffit qu'il ne s'écarte pas de l'égalité qu'il a promise (5).

(1) Merlin, *Repert.*, vo *Portion virile*.

(2) L'arrêt de la cour de cassation, du 15 déc. 1818, cité ci-dessus, a une analogie parfaite avec celui de Bordeaux.

(3) Argument d'un arrêt de la cour de cass., req., 8 déc. 1837 (Devill., 38, 1, 476).

(4) Bourges, 18 floréal an xii (Devill., 1, 2, 191).

(5) Cass., req., 26 mars 1843 (Devill., 47, 1, 120 et s.).

ARTICLE 1084.

La donation par contrat de mariage pourra être faite cumulativement des biens présents et à venir, en tout ou en partie, à la charge qu'il sera annexé à l'acte un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation; auquel cas, il sera libre au donataire, lors du décès du donateur, de s'en tenir aux biens présents, en renonçant au surplus des biens du donateur.

ARTICLE 1085.

Si l'état dont est mention au précédent article n'a point été annexé à l'acte contenant donation des biens présents et à venir, le donataire sera obligé d'accepter ou de répudier cette donation pour le tout. En cas d'acceptation, il ne pourra réclamer que les biens qui se trouveront existants au jour du décès du donateur, et il sera soumis au paiement de toutes les dettes et charges de la succession.

SOMMAIRE.

2382. De la donation de biens présents et à venir. — Cette espèce de donation, prohibée par le droit commun, est admise en contrat de mariage.
2383. Étude historique de la donation de biens présents et à venir. — Quatre systèmes d'interprétation. — Définition de chacun de ces systèmes.
2384. Premier système. Raisons qui le justifient.
2385. Raisons qui l'ont empêché de prévaloir. — Deuxième système.
2386. Critique du second système.
2387. Troisième système. — Il était dominant dans les pays de droit écrit. — La donation universelle se compose de deux donations distinctes. — Critique.
2388. Quatrième système, issu des pays coutumiers. — La donation universelle embrasse tous les biens laissés au décès, à moins que le donataire n'opte pour les seuls biens présents.
2389. L'ordonnance de 1731 a ramené les deux premiers systèmes. — Comparaison et différence des deux autres systèmes entre eux.
2390. L'ordonnance a laissé subsister ces deux derniers systèmes, pour ne pas froisser les idées reçues.
2391. Conséquences du quatrième système. — Le donataire universel, qui n'opte pas pour les biens présents, est tenu de toutes les dettes et de la garantie des aliénations. — Arrêts célèbres.
2392. Le donataire, en ce cas, prend tous les biens indistinctement sous la charge des dettes.
2393. Le droit d'option du donataire tient tout en suspens jusqu'au décès du donateur, lequel reste en possession.
2394. La disposition est caduque par le décès du donataire.
2395. Opinion de Chabrot en ce sens. — Arrêts qui l'ont sanctionnée même pour les pays de droit écrit.
2396. Suite.
2397. Du système adopté par le Code Napoléon. Il conserve au donataire la faculté de diviser la donation.
2398. L'option est expressément différée jusqu'à la mort du donateur.
2399. La faculté de diviser n'existe que s'il a été annexé à la donation un état des dettes lors existantes.
2400. Conséquences de ce système. — Effets de la donation du vivant du donateur. — De droit, ce dernier resta en possession et jouissance.
2401. Le donateur peut faire des aliénations à titre onéreux, mais résolubles si le donataire opte pour les biens présents.
2402. Les créanciers du donateur ont le droit de saisir la propriété résoluble de leur débiteur.
2403. Arrêt de Bordeaux déterminé par des circonstances particulières.
2404. Effets de la donation après le décès du donateur. — Du cas où, l'état prescrit ayant été annexé, le donataire opte pour les biens présents.
2405. Des dettes qui sont charges des biens présents.
2406. Suite.
2407. Que faut-il entendre par biens présents? — D'une créance d'argent convertie en un immeuble par une dation en paiement.
2408. Suite. — Renvoi.
2409. Les enfants substitués à leur père donataire ont la même faculté d'option que celui-ci, et recueillent, en vertu d'un droit propre, même les biens présents.
2410. Qu'il si les enfants ne sont pas d'accord sur l'option?
2411. Du cas où le donataire accepte la donation universelle. La situation est alors la même, que l'état prescrit ait été ou n'ait pas été annexé.
2412. Le donataire doit-il respecter tous les actes du donateur, dettes et aliénations? Solution des pays de droit écrit.
2413. Solution des pays de coutume.
2414. Droit actuel. — Assimilation, sous ce rapport, du donataire universel et de l'institué contractuel.
2415. Le donataire universel est-il tenu des dettes *ultra* ou *infra vires donatorum*? Ancien droit. — Le donataire n'était qu'un simple successeur aux biens, tenu *infra vires*.
2416. Sous le Code Napoléon, la solution est la même.
2417. Arrêt. — Conciliation de cette jurisprudence avec celle relative au légataire universel.
2418. Suite. — Le donataire universel n'est qu'improprement regardé comme *loco heredis*.
2419. Pour n'être tenu qu'*infra vires*, faut-il que le donataire ait fait inventaire?
2420. Autorités anciennes dans le sens de la négative.
2421. Autorités plus considérables pour l'affirmative.

2422. Solution de la question sous le Code Napoléon. — Le défaut d'inventaire fait présumer la suffisance des biens pour payer les dettes.
2423. Suite. — Le donataire peut combattre cette présomption.
2424. Suite. — Arrêt conforme.
2425. Quelles espèces de preuve peut produire le donataire, pour suppléer à l'inventaire?
2426. Le donataire d'une quote n'est tenu que d'une part proportionnelle des dettes.
2427. Arrêt que l'on cite à tort en sens contraire.
2428. Le donataire universel n'est pas forcé de demander la délivrance. Il est saisi par son contrat.
2429. Jurisprudence conforme.
2430. Conséquences de la saisine du donataire.
2431. Le donataire universel peut-il, avant la mort du donateur, renoncer à la donation ou contracter sur les choses données? Non.
2432. Ce même donataire peut-il, après avoir, le donateur étant mort, accepté les biens à venir, les répudier et s'en tenir aux biens présents? Non.
2433. Arrêt contraire de Grenoble sur des faits antérieurs au Code Napoléon.

2434. Comparaison entre la donation universelle et l'institution contractuelle.
2435. On peut faire deux donations, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir. Ce n'est pas une donation cumulative.
2436. Exemple. — Conséquences.
2437. Suite.
2438. Les parties peuvent modifier la donation de biens présents et à venir. — Exemple.
2439. Qui peut faire une donation cumulative? — Dans quel acte peut-elle être faite?
2440. Au profit de qui peut-elle être faite?
2441. De l'état des dettes et du détail qu'il doit contenir.
2442. Aucune circonstance ne dispense de l'annexe de cet état de dettes.
2443. Pas même la mise du donataire en possession des biens présents, si moins qu'il n'y ait deux donations entièrement distinctes.
2444. Un état des meubles n'est pas nécessaire lors même que le donataire opte pour les biens présents.
2445. Caractère de la donation de biens à venir. — Similitude avec l'institution contractuelle.

COMMENTAIRE.

2382. Après avoir parlé des donations de biens présents faits aux époux par contrat de mariage, et de l'institution contractuelle ou don de succession, le Code s'occupe d'un troisième ordre de dispositions, à savoir, de la donation universelle de biens présents et à venir qu'un tiers peut faire à l'un des futurs ou à tous les deux, par leur contrat anténuptial. L'art. 1084 est consacré à ce sujet. Il est absolument conforme à l'article 17 de l'ordonnance de 1731, si ce n'est qu'il exige de plus l'annexe d'un état des dettes et charges, destiné à marquer la ligne qui sépare l'actif présent de l'actif éventuel.

Comme les donations par contrat de mariage sont les plus favorables, et qu'on a cherché à leur donner toute la latitude possible, afin d'encourager les citoyens à l'union conjugale par des libéralités qui donnent à la famille plus de dignité et plus d'aisance, on n'a pas vu d'inconvénient à admettre en faveur des futurs époux les donations universelles des biens présents et à venir, bien qu'elles soient prohibées en toute autre matière par le droit commun [1]. On sait que la maxime *donner et retenir ne vaut* n'a pas lieu dans les donations par contrat de mariage, où certains caractères testamentaires viennent se mêler à la libéralité entre-vifs [2]. On ne choque donc en aucune manière les principes qui, dans les autres cas, ont fait rejeter la donation universelle, non-seulement comme une source de trouble dans les familles, de repentir

et de regrets pour le donateur, mais encore comme une violation de la règle qu'en donnant, il ne faut pas pouvoir empêcher l'effet de sa libéralité [3]. L'ordonnance de 1731, qui, plus encore que le Code Napoléon, avait pros crit les donations de biens présents et à venir, les avait autorisées dans les contrats de mariage [4], ainsi que quelques coutumes l'avaient fait expressément [5]. Le Code a voulu suivre cet exemple : la faveur des mariages, si grande dans nos mœurs, explique suffisamment cette exception.

2383. Mais quel est le caractère vrai de la donation universelle, ainsi légitimée dans les contrats de mariage? Cette question est la plus grave que présente le commentaire de notre article. Pour la résoudre, il faut voir les vicissitudes que ce genre de libéralités a subies jusqu'à ce jour ; il faut étudier les points de vue si divers d'où elle a été envisagée par les jurisconsultes. Cette recherche est intéressante ; elle est indispensable. Nous allons nous y livrer.

En remontant aussi haut que possible, on trouve que quatre systèmes se sont produits sur la physionomie de la donation universelle de biens présents et à venir, et que tous ont eu des partisans sérieux et un nombreux cortège d'imposantes autorités.

Et d'abord, un premier système considérait la donation des biens présents et à venir comme une donation entre-vifs proprement dite, qui rendait le donataire immédiatement proprié-

[1] Art. 945 du C. Nap.

[2] *Supra*, n° 2341.

[3] Voy. *supra*, sous l'art. 945, n° 1193 et suiv., ce que nous avons dit sur la prohibition des donations de

biens présents et à venir.

[4] Art. 47.

[5] Bourdonnais, t. XIX, art. 210, voy. le Commentaire de l'abbé Auzou de Pompiers.

taire des biens que possédait le donateur, et, dans l'avenir, propriétaire des biens qu'aurait le donateur au fur et à mesure de leur acquisition.

Suivant une seconde opinion, la donation des biens présents et à venir était une donation à cause de mort, n'attribuant au donataire de droit que sur la succession du donateur.

Un troisième système voyait en elle deux donations distinctes : l'une, des biens présents, ayant un effet actuel et irrévocable ; l'autre, des biens à venir, dont l'effet était différé jusqu'à la mort du donateur, et qui s'appliquait seulement aux biens qu'aurait le donateur à cette époque.

Enfin un quatrième système, combinant les deux dernières opinions, considérait la donation de biens présents et à venir comme une donation formant originairement un seul tout ; et néanmoins, cette donation conservait quelque chose d'incertain jusqu'à la mort du donateur, moment où elle pouvait subir une transformation et prendre un caractère nouveau par la volonté du donataire, qui pouvait soit l'accepter en entier et sans division, soit s'en tenir aux biens présents. Acceptée purement et simplement, elle rentrait dans les idées défendues par le troisième système ; réduite aux biens présents par l'option et la division du donataire, elle participait de la nature que le second système lui assignait.

Nous verrons plus tard que le Code Napoléon a créé un cinquième système, qui se rapproche beaucoup de ce dernier. Mais avant d'y arriver, il faut que nous suivions la marche et les progrès de ces quatre manières de voir.

2284. La première était incontestablement la plus logique et la mieux d'accord avec les principes purs de la donation entre-vifs, telle que la concevait le droit romain ; elle avait surtout de nombreux partisans dans les pays gouvernés par ce droit. Pourquoi les jurisconsultes de ces contrées voulaient-ils, en grand nombre, que la donation de tous biens présents et à venir fût nulle, si le donateur ne s'y réservait la libre disposition du vingtième [1] ? Pourquoi d'autres exigeaient-ils que le donateur, pour ne pas mériter le reproche de folie et ne pas se condamner à la plus insupportable misère, se réservât l'usufruit de ses biens [2] ? N'était-ce pas parce que la donation leur paraissait avoir pour consé-

quence de dessaisir le donateur successivement de tous ses biens présents et à venir, de son vivant ? De Laurière a très-bien exprimé et résumé cette opinion, quand il a dit [3] : « Toute « cette difficulté se réduit au seul point de savoir si celui qui a fait donation pure et simple de ses biens présents et à venir peut être « contraint d'en faire la tradition de son vivant. « S'il peut y être contraint, il a préféré le donataire à lui-même, la donation est entre-vifs ; « sinon, il se sera préféré au donataire, la donation est à cause de mort.

« L'on ne peut nier que les biens à venir, « quand une fois ils sont acquis, ne doivent « être considérés comme des biens présents ; « or, il est de la dernière certitude que le donataire des biens présents et à venir peut contraindre le donateur de lui faire la tradition « des biens présents..... par conséquent le donataire a la même action pour contraindre le donateur de lui faire la tradition des biens à venir, dès que le donateur les a acquis. Ce « qui a été très-bien observé par Vaudus [4]. »

Dans cet ordre d'idées, le donateur était donc lié irrévocablement ; il devait se dessaisir. Les biens présents passaient immédiatement au donataire ; et quant aux biens à venir, celui-ci pouvait se les faire délivrer au fur et à mesure des acquisitions. Seulement, si, pour pourvoir à ses besoins, le donateur croyait devoir aliéner quelques-uns de ces biens, il devait assigner le donataire pour être autorisé à user de ce bénéfice de compétence et pour voir fixer la part à distraire.

Nous répétons que tout cela est d'une logique satisfaisante, en se plaçant dans les termes où Justinien avait mis la donation entre-vifs [5]. L'interprétation naturelle des mots conduit à ces résultats, quelque rigoureux qu'ils soient. Donner ses biens à venir, c'est donner les biens qu'on acquerra, dès qu'ils seront acquis ; de même que hypothéquer ses biens à venir, c'est grever du droit de préférence et de suite ses biens postérieurement acquis du moment de leur acquisition [6]. Or, ce qui est consacré par la loi pour les hypothèques ne saurait passer pour illégal et impossible, quand il s'agit de donation [7]. C'est ainsi du reste que la donation universelle était envisagée par la coutume de Sédaun [8], qui voulait que la donation des biens présents et à venir fût valable pour tous

[1] *Suprà*, n° 1195.

[2] *Maximam et intolerabilem miseriam..... adeoque infelicitatem vivere debeat*, (Faëbin, *Conrou.*, lib. 6, c. 87.)

[3] *Instit. contr.*, ch. 4, n° 67 et suiv.

[4] *Lib. 1, quest.*, c. 31, n° XI.

[5] *Suprà*, n° 1195.

[6] De Laurière, *loc. cit.*, n° 64.

[7] *Junge* Bouchéul, *des Conventions de succéder*, ch. 1, n° 28.

[8] Art. 112.

les biens dont le donataire avait été ensaisiné du vivant du donateur.

2385. Mais il eût été difficile que ce système devint populaire dans la France coutumière, qui, en général, ne voyait pas avec faveur les donations entre-vifs (1). On sait que le sentiment le plus accrédité parmi les juriconsultes critiques condamnait, de droit commun, les donations de biens présents et à venir, comme contrevenant à la règle *donner et retenir ne vaut*, et qu'on ne les admettait qu'en contrat de mariage.

Or, pourquoi réprouvait-on les donations de biens présents et à venir comme violant le principe de l'irrévocabilité de la donation? Nous l'avons dit ci-dessus (2), parce qu'il semblait qu'en donnant ses biens à venir, le donateur avait entendu se reporter au temps de sa mort; parce qu'il était censé avoir voulu par là que son décès fixât, seul, l'émolument transmissible au donataire, et que, par conséquent, avant cet événement, le droit du donataire restait incertain et subordonné aux actes de sa volonté.

Et comme quelques arrêts, inclinant vers l'opinion la plus équitable et préférant la validité à la nullité de l'acte, avaient converti des donations entre-vifs de biens présents et à venir en donations à cause de mort (3), plusieurs juriconsultes, sans trop y réfléchir, transportèrent dans les donations universelles, parfaitement permises en faveur du mariage, une interprétation qui n'était qu'un biais pour sauver des donations défendues; ils virent une règle là où il n'y avait qu'un expédient, et se laissèrent entraîner à dénatureliser le caractère normal de libéralités faites aux époux, en les assimilant pour le tout à des donations à cause de mort, ou pour mieux dire, aux institutions contractuelles. Tel est le sentiment de Ricard (4), qui, après avoir dit que celui qui a fait une institution contractuelle, n'ayant donné que sa succession, peut toujours disposer de ses biens comme un bon père de famille, ajoute: « Il faut dire « la même chose, lorsque la donation est de « tous biens présents et à venir, parce qu'elle « ne diffère presque que de nom de l'institution « contractuelle d'héritier, comprenant l'une et « l'autre les mêmes biens. »

Lebrun est du même avis (5); on sait que cet auteur était partisan de la validité des donations de biens présents et à venir, qu'il les

considérait en principe « comme contenant un « événement incertain et le revenant bon au « temps du décès, lequel ne pouvait être ôté « au donataire. » Il ne pouvait dès lors concevoir que le donataire eût, pendant la vie du donateur, un droit à être mis en possession des choses données; la donation n'était pour lui qu'un don de ce qui se trouvera au décès (6), qu'une institution contractuelle faite en dehors du contrat de mariage (7), qu'une sorte de moyen de se faire un véritable héritier (8). Aussi disait-il expressément: « Supposé que « quelqu'un eût donné ses biens présents et à « venir sous réserve expresse d'usufruit, il est « très-certain que le donataire ne pourrait pas « prétendre dépouiller le donateur de ses biens « présents et qu'il ne pourrait pas lui venir « ôter tout ce qu'il aurait, en renonçant à ce « qu'il pourrait acquérir. L'on n'écouterait pas « même un donataire qui élèverait une prétention si insolite. » Ces paroles sont remarquables; elles révèlent l'esprit des juriconsultes coutumiers, cherchant à atténuer les effets légitimes de la donation universelle, donnant des armes au donateur contre un donataire qui se serait montré trop attaché à la lettre de son titre. Ils ne veulent pas que le donataire ait raison contre son bienfaiteur. Ils le condamnent à attendre le décès de ce dernier, pour jouir du bénéfice d'une donation qualifiée entre-vifs.

Maintenant si, de ces idées de Lebrun, nous voulons tirer des conséquences pour ce qui concerne les donations universelles par contrat de mariage, nous devons conclure que ce qu'il exposait ainsi comme règle de la matière, il l'appliquait à plus forte raison à cette espèce de libéralité. Nous le verrons cependant plus tard hésiter en présence de l'opinion du Palais.

2386. Quoi qu'il en soit, il y avait, dans le deuxième système que nous venons d'exposer, une exagération palpable. Il faisait sortir un héritier d'un acte qui n'avait voulu faire qu'un donataire, et, sous prétexte du don des biens à venir, il effaçait jusqu'au dernier vestige de la donation des biens présents. Ce n'était pas là le véritable correctif à l'excès du système opposé. Celui-ci péchait par le *summum jus*; celui-là par un trop grand relâchement du droit. Il restait toujours à résoudre le problème de concilier les deux éléments sans les absorber l'un par l'autre. Il fallait tenir compte de ce

(1) Loisel, 4, 4, 14. *Supra*, n° 1194.

(2) *Supra*, n° 1194.

(3) Ferrières sur Paris, art. 272, glose 2, n° 53, 54. Brodeur sur Louet, lettre D, som. 10, n° 6.

(4) *Donat.*, part. 1, ch. 4, sect. 2, dist. III, n° 1063.

(5) *Traité des succe.*, liv. 4, ch. 2, sect. 2, n° 32 et suiv.

(6) N° 54.

(7) N° 39.

(8) *Loc. cit.*

qu'il y avait de présent dans la donation, sans méconnaître le sens que les idées françaises attachaient en général à la donation des biens à venir.

Pour parvenir à ce but deux autres systèmes se produisirent, l'un particulièrement préféré en France dans les pays de droit écrit, l'autre issu des pays de coutume.

2387. Dans les pays dominés par le droit écrit (c'est le troisième système dont nous avons parlé ci-dessus), on considéra que deux donations se trouvaient juxtaposées dans la donation universelle; les biens présents étaient réputés être l'objet d'une donation entièrement distincte de la donation des biens à venir; cette donation de biens présents avait un effet actuel et irrévocable au moment même de la célébration du mariage, de telle sorte que le donateur était forcé d'abandonner, de son vivant, au donataire les biens qu'il avait au jour de la donation, à moins qu'il ne s'en fût réservé la jouissance. Quant aux biens à venir, la donation était subordonnée au décès, et elle restait en suspens jusqu'à cette époque. Le donateur pouvait la diminuer par ses dettes, mais non par ses aliénations à titre gratuit (1).

« Comme la donation, dit Henrys (2), contient deux sortes de biens, les présents et les futurs, quelle répugnance y peut-il avoir de dire que c'est une double donation; qu'en effet le donateur entend se dépouiller dès lors des biens qu'il a, en payant les dettes qu'il a faites; mais que pour les biens à venir il entend qu'il demeure au choix de son donataire de s'en prévaloir, en payant les dettes qui seront à l'avenir contractées ? »

Mais écoutons Furgole (3) : « La donation de tous les biens présents et à venir est parfaite, à l'égard de tous les biens présents, au moment qu'elle est faite, et doit être exécutée d'abord, s'il n'y a quelque clause qui en suspende l'effet, comme la réserve de l'usufruit; mais pour les biens à venir, elle n'est parfaite que par la mort du donateur et jusqu'à ce temps-là son exécution est suspendue (4). » Notez que, lors même que le donateur suspendait l'effet de la donation en tant que s'appliquant aux biens présents, il n'était pas moins dans l'impossibilité d'aliéner à titre gratuit et même à titre onéreux les biens présents; il ne pouvait ni les vendre, ni les échanger, ni les hypothéquer (5).

Rapprochez ceci de ce que nous avons dit sur la doctrine des pays de droit écrit relativement à l'institution contractuelle et aux reconnaissances d'héritier principal (6), et vous apercevrez l'analogie des idées, la pensée constante de ramener, autant que possible, la disposition aux termes d'une donation entre-vifs et de l'assujettir à la même irrévocabilité. On transige à la vérité avec le second système, quant aux biens à venir; on se plie au caractère que les idées françaises leur assignent. Mais on dégage les biens présents du mélange des biens à venir, et on reste à leur égard dans les principes du premier système.

En dessaisissant le donateur de la propriété de ses biens présents et même de la possession de ces biens, à moins que le donateur ne s'en fût réservé l'usufruit, on arrivait à un résultat rigoureux. Car il ne lui restait que l'espérance incertaine de gagner encore de quoi vivre ou de recueillir des successions. Cette dure extrémité pouvait peut-être résulter des principes rigoureux de la matière; mais elle était de nature à paralyser les donations universelles en faveur de mariage; elle traitait trop sévèrement le donateur, qui, en pareil cas, veut moins se dépouiller actuellement qu'assurer des avantages après lui. Les pays coutumiers, toujours peu favorables aux donations, ne se plièrent donc pas à ce troisième système. De là le quatrième système qui nous reste à exposer.

2388. On se rappelle que, suivant Ricard, Lebrun et autres, la donation de biens présents et à venir ne produisait d'effet qu'après la mort du donateur, et que le donateur conservait la jouissance de tous ses biens jusqu'à sa mort. Mais comme ces auteurs assimilaient la donation universelle à une institution contractuelle, ils n'admettaient pas, surtout Ricard, que le donataire pût diviser la donation, c'est-à-dire s'en tenir aux biens présents et abandonner les biens à venir. Puisque l'institué contractuel est obligé d'accepter pour le tout ou de répudier pour le tout, ainsi qu'un héritier, le donataire universel qui, dans cet ordre d'idées, a tant d'analogie avec l'institué contractuel et l'héritier, ne peut pas plus accepter pour partie que ceux-ci. Mais, nous le disions tout à l'heure : que devient dans ce système la partie présente de la donation ? Pourquoi la fait-on entièrement disparaître dans la donation des biens à venir ? Là

[1] Furgole, sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1731. *Infra*, n° 2412.

[2] T. II, liv. 4, quest. 185.

[3] Sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1731.

[4] Voy. aussi le Nouveau Denisart, v° *Donat.* par

contrat de mariage, § 4.

[5] Chabrol sur Auvergne, ch. 14, art. 26, sect. 13. *Infra*, n° 2396.

[6] *Supra*, n° 2349.

était le vice de cette doctrine; pour le corriger, il fallait faire plus d'état de la donation des biens présents et lui faire jouer un rôle dans les effets attachés à cet acte. Il n'était pas nécessaire sans doute d'effacer le droit du donateur de rester en possession de tous ses biens; il ne fallait pas choquer, à cet égard, les répugnances coutumières. Mais, tout en respectant cette prérogative du donateur, il était injuste de réduire au rôle d'héritier celui qui n'était qu'un donataire, et de le traiter comme s'il ne lui eût été donné que des biens à venir, sans mélange de biens présents. Que devait-on faire en conséquence? Une chose bien simple : permettre au donataire de dégager les biens présents, de les isoler des biens à venir et d'opter au décès du donateur pour ce seul émoulement. S'il lui convenait d'accepter la donation pour le tout, il était maître de le faire, et alors sa situation avait de grandes analogies avec celle de l'héritier contractuel. Mais cette situation ne lui était pas nécessairement imposée; elle résultait de son option. Que si, au contraire, il croyait devoir préférer les biens présents, il rentrait dans la classe des vrais donataires entre-vifs, et l'élément présent de la donation apparaissait avec la plus grande énergie.

Broudeau est un des premiers qui aient mis en lumière cette idée qu'il avait puisée dans l'étude attentive des arrêts. Voici ses paroles [1] : « Quand la donation est faite par le contrat de mariage aux enfants à naître d'iceluy, ou à l'un d'eux, de tous les biens présents et à venir, il est au pouvoir du donataire, *rebus integris*, pour se décharger des dettes subséquentes de la donation, de la restreindre en l'acceptant, et de se tenir aux biens présents, c'est-à-dire à ceux qui appartenaient au donateur au temps de la donation, et renoncer aux autres, parce que ce sont en effet deux donations faites par un même acte, et, comme dit la loi 29, D., *De verbis. oblig. : tot sunt stipulationes, quot res.* »

« Il est bien vrai que cela n'a pas lieu *in legatis* [2]; mais autre chose est des donations universelles, suivant Chopin [3].

« ... Mais le donataire ne peut diviser la donation quand les choses ne sont plus entières. Comme, par exemple, quand le donataire majeur, *sui juris*, après le décès du donateur, a accepté la donation purement et simplement

« et sans aucune protestation; auquel cas ayant consommé l'option, il n'est plus recevable à varier, ni à vouloir séparer et diviser la donation et la restreindre aux biens présents, pour se libérer et décharger des dettes contractées depuis [4]. »

Lebrun, dont nous avons rapporté ci-dessus l'opinion contraire, convient que de son temps le Palais inclinait pour la divisibilité de la donation, et il reconnaît que cet avis est assez favorable dans les contrats de mariage [5].

Enfin Pothier [6] nous présente ce résumé lucide du dernier état de la doctrine coutumière sur cette matière : « On peut donner par contrat de mariage ses biens à venir. On peut aussi donner ses biens présents et à venir, et il est au choix du donataire, lors de la mort du donateur, de prendre la donation en entier, en se chargeant de toutes les dettes du donateur, tant faites depuis qu'avant la donation; ou de se restreindre aux biens qu'avait le donateur lors de la donation, pour se décharger des dettes faites depuis. »

2289. On voit que, dans ce quatrième système comme dans le troisième, on trouve la notion de deux donations distinctes et divisibles. Hatons-nous de dire que l'ordonnance de 1751, par son article 17, l'avait expressément consacrée, et que par là les deux premiers systèmes se sont trouvés condamnés. Mais empressons-nous aussi d'ajouter que le troisième système n'entendait pas la division de la même manière que le quatrième. D'après le troisième système, la distinction et la division étaient substantielles et originaires; il y avait *a priori* dans la donation deux donations diverses, pour me servir d'un mot d'Henrys [7], l'une actuelle, irrévocable, opérant au moment de l'acte et ouvrant, dès cet instant, une action même contre le donateur [8]; l'autre à cause de mort, révocable, n'étant susceptible d'acceptation et de répudiation qu'au décès du donateur [9], et laissant subsister, au profit du donataire, la faculté de la répudier, à cette époque, malgré l'acceptation qu'il aurait pu faire, du vivant du donateur, de la donation de biens présents et malgré sa persistance à en conserver le bénéfice [10].

Au contraire, dans le quatrième système, la donation universelle ne forme originairement qu'un seul tout; la générosité du donateur a fait un ensemble de sa fortune, qu'il a voulu faire

[1] Sur Louet, lettre D, somm. 69, n° 3 et 4.

[2] LL. 4 et 5, D., *De legatis*, 2°.

[3] *De morib.*, Paris., t. III, n° 23.

[4] Arg. de la loi 20, D., *De optione legat.*

[5] *Succes.*, 3, 2, 4, 42.

[6] *Cont. d'Orléans*, tit. 13, intr., n° 26.

[7] 4, 183, n° 9.

[8] Voyez l'espèce de l'arrêt rapporté par Henrys.

[9] Henrys, *loc. cit.*

[10] Voy. la même espèce.

passer sur la tête du donataire, non pas pour l'en saisir tout de suite, mais pour qu'il entre en jouissance à son décès. Seulement, comme la libéralité ne saurait être onéreuse au donataire, et qu'on ne peut supposer que le donateur ait voulu le jeter dans des embarras, on permet à ce donataire de séparer les biens présents des biens à venir et de faire, après le décès du disposant, une division que ce dernier approuverait certainement lui-même, s'il était vivant, ne voulant pas que son bienfait fût inutile. Cette division est motivée sur la diversité des deux natures de biens; elle rentre dans la pensée bienfaisante du donateur et dans l'ordre de ses prévisions subsidiaires; car s'il eût entendu qu'une telle option fût ôtée au donataire, il l'eût institué contractuellement et ne lui aurait pas fait une donation; il l'eût fait son héritier et non pas son donataire.

2390. Voilà la différence des deux systèmes; elle est capitale : et néanmoins l'ordonnance de 1731 s'est abstenue de se prononcer pour l'un plutôt que pour l'autre. Cette ordonnance s'adapte à tous les deux et en consacrant la faculté de diviser la donation universelle, elle laisse intactes les idées opposées qui dominaient le caractère de cette option dans les pays de droit écrit et dans les pays coutumiers. Est-ce là une omission involontaire, ou un silence calculé? Nous croyons que l'ordonnance de 1731 a eu ses raisons pour ne rien dire. En préférant un système à l'autre, elle aurait préjugé des points de droit considérables touchant les institutions contractuelles et blessé des principes et des habitudes enracinées. Dans les pays de droit écrit, on ramenait les institutions contractuelles à la nature des donations universelles; dans les pays de droit coutumier, on faisait incliner les donations universelles vers la nature des institutions contractuelles. Or décider, contre les idées des pays de droit écrit, que le donateur restera maître de ses biens présents et qu'il pourra les vendre et les aliéner, c'eût été faire, pour ce genre de dispositions, ce que l'on n'admettait pas pour les institutions contractuelles auxquelles elles servaient de type. C'eût été particulièrement froisser les notions reçues sur les privilèges du testament et communiquer ces privilèges à la donation. D'un autre côté, vouloir, contre les pays de droit coutumier, que le donateur eût les mains tellement liées par la donation universelle qu'il ne pût s'aider de ses biens présents, c'eût été blesser les sentiments

existants à l'égard des donations et contrecarrer des pratiques invétérées dans les populations. L'ordonnance s'est donc abstenue; elle se plie aux deux systèmes. Le donataire a-t-il été mis en possession des biens présents, comme le voulait Henrys, par un usage dont l'ordonnance elle-même semble reconnaître l'existence (1)? Il est saisi; le donateur est dépouillé; il ne peut aliéner ce qui n'est plus en sa possession, ce qui n'est plus à lui. Ou bien, n'est-il pas encore dessaisi, et s'avise-t-il de faire des aliénations et des dettes qui diminuent la donation de biens présents? Le donataire a une action contre le donateur; il peut, même du vivant du donateur, séparer le présent de l'avenir et sauver le premier, sans qu'on lui oppose les obligations résultant de la donation des biens à venir, laquelle est encore en suspens et qu'il pourra répudier au décès. Ainsi donc les principes des pays de droit écrit sont sauvegardés, et la donation universelle conserve la physionomie qui lui est naturelle dans ces contrées et qui s'est reliée dans l'institution contractuelle telle qu'ils la conçoivent.

Maintenant, supposons que la donation universelle ait lieu en pays coutumier, et que le donateur, suivant l'usage, reste en possession des biens présents. Il peut si bien les vendre, les engager et s'en aider conformément aux idées admises, que le donataire, qui, après son décès, a accepté la donation purement et simplement, et qui, par là, est tenu de toutes les dettes, d'après l'article 17 de l'ordonnance, devient par cela même garant des aliénations et est tenu de les faire valoir. Il ne faut rien moins que la division réclamée après le décès du donateur, pour que, s'en tenant aux biens présents lors de la donation, il échappe aux dettes postérieures contractées par le donateur.

C'est ainsi qu'à l'ombre de l'ordonnance de 1731 et de sa neutralité, les deux derniers systèmes ont vécu jusqu'au Code Napoléon, en restant chacun dans leurs limites, et en conservant, malgré un point de contact considérable, les diversités de leur caractère.

2391. Ceci posé, il convient, maintenant, d'insister sur les conséquences les plus saillantes du quatrième système, bien qu'on puisse dès à présent les pressentir. Ceci est d'autant plus nécessaire que ce système est celui dont le Code Napoléon se rapproche davantage, et que par ce détail nous préparerons la connaissance des doctrines dont la loi nouvelle a voulu s'inspirer.

Et d'abord, nous répétons que la donation de tous biens est une, avant l'option du donataire; qu'elle forme un bloc de l'actif et du passif jusqu'au décès du donateur, et qu'elle n'est pas divisible avant cet événement; que si le dona-

[1] Art. 15, argum. de ces mots : « Encore que le donataire eût été mis en possession du vivant du donateur, »

taire ne fait pas son choix, après la mort du donateur, en faveur des biens présents, il est tenu de tous les actes par lesquels le donateur a vendu, échangé, hypothéqué, créé des dettes [1]. Ceci paraît contraire au premier coup d'œil à la nature et à l'esprit de la donation et surtout à la partie de la donation qui touche aux biens présents. Mais, en y réfléchissant, tout s'explique par une raison bien simple : le donataire, ayant accepté les biens en masse et sans division, est tenu de toutes les charges et dettes, puisqu'il prend tout l'émolument.

C'est ce qui résulte de la jurisprudence du parlement de Paris, telle qu'elle se fixa après quelques hésitations. Louet (2), en effet, se demande « *an donatarius universalis, vel per modum quotæ omnium donorum, teneatur ad debita?* » C'a été une grande question, dit-il, et il donne la raison de la négative : « autrement il serait en la puissance du donateur de rendre la donation inutile. » Il ajoute que c'est ce qui a été jugé « *notissimè*, en la cause célèbre, plaidée au parlement, entre la reine Marguerite, duchesse de Valois et les créanciers de la reine mère Catherine de Médicis pour le comté de Clermont ; la provision a été adjugée contre les créanciers, *etiam* qu'il n'y eût aucun héritier, en mai 1606. »

Cet arrêt fut prononcé, ainsi que le rapporte Brodeau, par M. le président de Harlay, la cause ayant été plaidée cinq matiuées entières par M^r Omer Talon pour la reine Marguerite, M^r Dollé pour Pierre Cadot, syndic des créanciers de la reine Catherine de Médicis, et l'avocat général Servin. »

Servin nous a conservé (3) les conclusions qu'il a données dans cette cause comme avocat général. Elles sont très-longues, hérissées de citations, embarrassées de digressions, écrites d'un style emphatique. Nous en extrayons ce qui est nécessaire à faire comprendre quelle était la nature de la donation qu'invoquait la reine Marguerite. Cette donation résultait d'une clause du contrat de mariage du duc d'Orléans, depuis Henri II, avec Catherine de Médicis. Il y était dit : « Que le fils aîné qui viendrait du futur mariage, pourvu qu'il fust propre à la milice, entreroit en l'hérédité paternelle et maternelle, à condition qu'il bailleroit portion légitime à ses frères et dot à ses sœurs. — Que s'il advenoit que, n'y ayant aucun enfant

« mâle, l'hérédité tombast à filles, icelles filles « partiroyent les biens entre elles également... « Ce qui même auroit été accordé, conclu, con- « firmé par stipulation entre les futurs mariés, « autrement par donation entre-vifs irrévocable « ou par autre meilleur moyen que faire se « pourroit... Que la future épouse, si elle sur- « vivoit, recouvreroit sa dot, sous cette paction « qu'elle donneroit, par donation entre-vifs ir- « révocable dès à présent, aux enfants du ma- « riage, les susdits immeubles avec le résidu de « ses biens. »

De ces clauses combinées il résultait une donation de biens présents et à venir au profit de Marguerite de Valois pour le cas (qui s'est réalisé) du prédécès de ses frères. — Les créanciers soutenaient que telles pactions de succéder s'étendaient seulement aux biens que la donatrice devait laisser par son décès, et que telles conventions n'empêchaient pas que le disposant pût aliéner son bien entre-vifs (4). Ces créanciers étaient très-favorables; ils étaient les anciens serviteurs de Henri II et de Catherine. Néanmoins Servin fut d'avis que les créanciers de la reine mère ne pouvaient pas s'adresser à la reine Marguerite, laquelle n'était pas tenue de les satisfaire, puisqu'elle n'était pas héritière de la défunte reine et ne prétendait pas à ses biens à titre successif, mais comme substituée par contrat de donation faite au traité de mariage d'icelle reine sa mère, et il conclut à ce que Marguerite fut mise en possession des biens donnés, sans aucune charge ni garantie de dettes, hypothèques ni autres obligations ou aliénations faites depuis icelui contrat de mariage.

Et comme le syndic des créanciers s'était mis en possession des biens de Catherine de Médicis, la cour jugea que ces biens devaient être provisoirement restitués à la reine Marguerite, au profit de laquelle la substitution contenue dans la donation entre-vifs, faite par ledit contrat de mariage du roi Henri II, fut déclarée ouverte. Notez, pourtant, que dans l'arrêt de 1606 il n'y eut rien de décidé définitivement en ce qui concernait le payement des créanciers.

Mais plus tard le droit des créanciers fut positivement reconnu, et Brodeau nous apprend qu'il y eut arrêt définitif à leur profit, donné en la grand'chambre, au rapport de Deslandes. le 7 septembre 1618 (5).

Cet arrêt, rendu dans une circonstance solen-

[1] *Infra*, n° 2413.

[2] Lettre D, somm. 69.

[3] Liv. 2, plaid. 48.

[4] *Ibid.*, p. 455.

[5] *Junge* Brillou, qui résume en ces termes l'arrêt

definitif : « Jugé le 25 février 1608 en la cause de la reine Marguerite et de Pierre Cadot, syndic des créanciers de la reine Catherine de Médicis, que la donation de biens présents et à venir n'empêche pas de vendre et créer des dettes. »

nelle, parait avoir fixé la jurisprudence [1].

L'article 17 de l'ordonnance de 1751 l'a consacré, et la doctrine est restée imbuë de cette idée. « Le donataire des biens présents et à venir, dit Pothier, étant tenu de toutes les dettes du donateur, lorsqu'il ne s'est pas tenu aux biens présents, il ne peut répéter contre les tiers acquéreurs ceux que le donateur aurait aliénés depuis la donation; car il est tenu de l'obligation de garantie que le défunt donateur a contractée envers eux, et par conséquent non recevable dans la demande qu'il formerait contre eux, suivant la règle *quem de actione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. » De là, cette règle fondamentale dans le quatrième système, à savoir, que le donateur de tous biens présents et à venir peut s'aider de son bien, et que le donataire est lié par ses actes à titre onéreux, à moins qu'au décès il ne scinde la donation et qu'il n'opte pour les biens présents.

2392. Par la même raison, le donataire qui n'a pas répudié les biens à venir ne peut pas prendre, à un autre titre et sans charge de dettes, les biens présents. Il accepte la masse, à peu près comme un héritier; il la possède avec la confusion des biens présents et des biens à venir, et comme le revenant bon total, qui lui a été donné *ab initio*, avec toutes les incertitudes d'une donation testamentaire. « L'ordonnance, dit le Nouveau Denisart (2), conserve en partie l'indivisibilité du titre du donataire. Elle ne considère pas la donation de biens présents et à venir comme deux donations distinctes et séparées, qui aient chacune leurs charges particulières.

« Le donataire est obligé de payer la totalité des dettes antérieures et postérieures jusqu'à concurrence de la masse entière des biens acquis par le donateur, soit avant, soit depuis la donation... à moins qu'il ne s'en tienne aux biens présents. »

2393. D'un autre côté, s'il est vrai que le défaut d'option laisse la donation avec son caractère d'unité, d'universalité, de masse homogène *à priori*, il n'est pas moins évident que l'option faite au décès peut la diviser et la réduire à une donation restreinte de biens présents. Elle est donc dominée par l'incertitude d'un événement qui peut briser son unité originaire; et ce n'est que lorsque cet événement arrivera ou manquera, qu'on pourra savoir si elle sera transformée en une donation de biens présents, ou

si elle restera une, universelle, embrassant tout. De là, cette conséquence nécessaire que le donateur doit rester en possession, jusqu'au moment de sa mort, de tous ses biens, puisque le choix ne peut se faire qu'à cette époque. En attendant, le donateur, gardant la possession, peut faire des aliénations à titre onéreux; mais elles sont incertaines jusqu'au moment de la mort du donateur; elles sont validées ou infirmées à ce moment, selon la volonté du donataire.

2394. Il en résulte aussi que la disposition entière est caduque par le prédécès du donataire et de sa postérité; tandis que si on considérait la donation des biens présents comme tout à fait indépendante de la donation des biens à venir, les biens présents seraient à la rigueur transmissibles aux héritiers quelconques du donataire prémuant; la donation des biens à venir serait seule caduque (3). Mais il n'en saurait être ainsi dans le système dont nous cherchons à préciser l'esprit. La donation universelle n'ayant pas été modifiée par une option que le prédécès du donataire rend désormais impossible, elle reste avec son caractère primitif; elle se réduit au don de ce qui reste au décès du donateur. Or, le donataire étant mort avant ce moment, la donation devient caduque de même qu'un legs, ou une institution contractuelle.

2395. Chabrol, qui écrivait pour la province d'Auvergne, où les principes du droit écrit avaient une grande autorité, a admis cette solution, et son opinion peut se justifier par la comparaison qu'il fait des institutions contractuelles et des donations universelles. Nous avons dit bien souvent que l'institution contractuelle et la donation de biens présents et à venir ont toujours eu de grandes ressemblances. L'institution contractuelle étant caduque par le prédécès de l'institué sans postérité, Chabrol examine s'il n'en doit pas être de même dans la donation universelle, et il se prononce pour l'affirmative, en considérant que *donatarius quoties est heres*. Il n'aperçoit qu'une objection à sa décision; c'est celle qui se tire du droit d'option réservé au donataire, et il se demande si le droit de diviser la donation ne change pas sa condition à cet égard. Mais il réfute cette objection par les raisons que voici : « Il est important de savoir (4) si la donation universelle saisit le donataire dès l'instant du contrat de mariage; de manière qu'en cas de prédécès il transmette les biens donnés à ses héritiers collatéraux, ou si, le donataire venant à mourir sans enfants

[1] Voy. un arrêt du parlement du 15 mars 1638, dans Brodeau sur Louet, lettre D, somm. 6, n° 7, et dans le journal des naél., t. 1, liv. 9, cli. 36.

[2] V° Donat., par contrat de mariage, § 4.

[3] Voy. Fargole, sur l'art. 17 de l'ordonn., p. 167.

[4] Sur l'art. 26, ch. 14, t. II, p. 369.

« avant le donateur, la donation devient caduque ; enfin, si, laissant des enfants, c'est par voie de transmission qu'ils prennent les biens donnés, ou s'ils les recueillent par un droit propre à eux, *jure suo*, de manière qu'ils puissent en profiter, sans être héritiers de leur père, et par conséquent, sans que le père ait pu en disposer à leur préjudice et qu'ils soient obligés de payer ses dettes.

« ... Nous croyons que la donation de biens présents et à venir s'évanouit, ainsi que l'institution d'héritier, par le prédécès du donataire sans enfants.

« ... Il est vrai qu'un donataire de biens présents et à venir peut diviser et s'en tenir aux biens présents, et que, dans ce cas, la donation ne subsiste plus que comme donation de biens présents...

« Mais, pour pouvoir faire la division des biens présents et à venir, il faut nécessairement être capable de recueillir et de prendre à son choix les deux espèces de biens ou l'une d'elles seulement ; ce choix ne saurait se faire qu'à la mort du donateur. Le donataire ne peut donc opter, s'il est déjà prédécédé.

« L'héritier collatéral du donataire n'a pas droit non plus de faire cette division ; il n'est pas possible qu'il ait qualité pour recueillir les biens à venir. La donation universelle n'est, au moins quant aux biens à venir, qu'une véritable institution d'héritier. Or, une institution d'héritier ne peut passer à un collatéral de l'héritier institué ; elle ne saisit, suivant la coutume, que les mariés et leurs descendants, le cas venu ; elle ne saisit donc pas les collatéraux. Si, en donation de biens présents et à venir, le collatéral n'est point habile à recueillir les deux natures de biens, la conséquence paraît indubitable que des héritiers collatéraux du donataire, n'ayant aucune prétention à former sur les biens à venir, ils ne peuvent en détacher les biens présents par une option que la loi défère seulement à celui auquel elle accorde à la fois les biens présents et à venir.

«
« Comme une pareille donation passe aux enfants, il y a lieu de dire qu'ils ont aussi le droit d'opter et de diviser. »

Un aperçoit, par ce fragment, que Chabrol mêle un peu les idées du droit écrit avec les idées du droit coutumier, et l'on s'en convaincra encore davantage en le lisant tout au long.

Car il s'appuie à chaque instant sur l'autorité de Ricard, condamnée cependant par l'ordonnance de 1751. Ce qu'il y a de certain, c'est que l'ordonnance de 1751 avait amené dans les esprits certains rapprochements, et que quelques-unes de ses décisions, notamment celle relative à la nullité totale de la donation de biens présents et à venir faite en dehors des contrats de mariage [1], avait fait faire des progrès à la doctrine qui voyait, dans la donation faite en faveur de mariage, le don originaire d'une masse une et compacte, embrassant l'éventualité de ce qui serait au décès ; que, de là, il résultait, d'une part, que l'hypothèse de deux donations distinctes *à priori* s'affaiblissait, et que, de l'autre, la donation universelle, tant qu'elle n'avait pas été scindée par l'option après le décès du donateur, apparaissait comme fraternisant avec les dispositions testamentaires.

Quoi qu'il en soit, l'opinion de Chabrol s'appuie sur un premier arrêt du parlement de Paris, du 18 juin 1751, rendu au rapport de Pasquier, et sur un arrêt plus récent, du 28 mai 1764, rendu au rapport du même magistrat. « Cet arrêt, dit Chabrol, a confirmé une sentence du bailliage d'Aurillac, qui avait jugé ainsi cette question entre des parties de cette province, en faveur de la dame de Senezergues. Elle avait fait une donation de tous ses biens présents et à venir à son fils par son contrat de mariage ; il mourut en Canada sans postérité... L'arrêt jugea la donation caduque par le prédécès du donataire sans enfants [2]. »

Ceci posé, et avec de tels précédents, il ne faut pas s'étonner que la question de survie ait été jugée dans le même sens par les arrêts intervenus depuis le Code Napoléon dans des anciens pays de droit écrit, sous l'empire de faits antérieurs à la loi nouvelle. On peut consulter sur tout un arrêt de la cour de cassation, du 19 décembre 1843, rendu au rapport de Mesnard [3].

2396. Notez pourtant que, dans la pensée du rapporteur, cette décision, rendue sur un procès venu de la cour de Riom, ne porte pas atteinte au système des pays de droit écrit, qui voulait, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus [4], et ainsi que Chabrol le déclare formellement, que la donation « fût revêtue d'un caractère d'actualité en ce qui concerne les biens présents. » Cette phrase se trouve tout au long dans l'arrêt, et elle est remarquable. Seulement, l'arrêt lie cette donation à une condition de sur-

[1] *Suprà*, n° 1195.

[2] *Junge* Rousseau de la Combe, *Jurisp. civ.*, v° *Donat.*, note 2, sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1751.

[3] Devilleneuve, 41, 1, 273. *Journal du Palais*, t. XLII, p. 367.

[4] N° 2387.

vie du donataire, qui, venant à défaillir, fait évanouir la donation [1].

De là, cette conclusion importante, à savoir, que, de ce que dans les pays de droit écrit on aurait rejeté l'opinion de Furgole en ce qui concerne la question de survie, il ne s'ensuit pas qu'on l'ait abandonnée en ce qui concerne les limites apportées au droit du donateur de disposer de ses biens présents à titre onéreux. L'antagonisme, à cet égard, reste donc, même au point où nous sommes parvenus, entre le troisième système et le quatrième.

2397. Nous voici arrivés au Code Napoléon. Quel système a-t-il embrassé? Quel parti a-t-il choisi à la suite de cette longue élaboration? Le système du Code Napoléon se résume dans des termes bien simples. Il permet de diviser la donation universelle de biens présents et à venir, de telle sorte qu'au décès du disposant, le donataire peut s'en tenir aux biens présents, et renoncer au surplus des biens. Le Code ne pouvait refuser au donataire ce parti avantageux; car, si le donateur a contracté beaucoup de dettes après la donation, le donataire qui se tient aux biens présents n'est pas obligé de payer les dettes postérieures à la donation, tandis que, s'il acceptait la donation entière, il serait obligé au paiement de toutes les dettes [2].

La division est fondée sur ce que l'adjonction des biens à venir n'a été introduite qu'en faveur de l'époux donataire, et que, dans le cas où la succession serait obérée de dettes, il ne faut pas que cette faveur lui soit onéreuse. C'est un principe, en effet, en matière de donation, que la libéralité ne doit pas devenir un fardeau pour celui à qui elle s'adresse.

En cela le Code Napoléon a été plus logique que l'ordonnance de 1751; car il reste d'accord avec lui-même, en permettant de diviser un acte que l'art. 915 coupe en deux, afin de ne pas annuler pour le tout la donation des biens présents et à venir faite en dehors du contrat de mariage [3]; au lieu que l'ordonnance de 1651, qui annulait pour le tout la donation universelle faite hors le cas de contrat de mariage, permettait de la scinder, lorsqu'elle était faite en faveur de mariage.

Cette faculté de diviser la donation établit

une différence bien marquée entre ce genre de libéralité et l'institution contractuelle. L'institution contractuelle fait un héritier; or la qualité d'héritier est une et produit des effets indivisibles [4]. L'héritier, qui accepte une partie, accepte le tout; on ne peut être héritier en partie et répudiant pour partie. Au contraire, la donation universelle ne fait qu'un donataire et pas un héritier, et comme la donation se compose de deux éléments divisibles, le donataire, qui ne doit pas être lésé par le bienfait qu'il reçoit, peut prendre l'élément avantageux et répudier celui qui ne l'est pas.

Il est vrai qu'on trouve souvent dans les auteurs une assimilation entre la donation de biens présents et à venir et l'institution contractuelle. Mais cette assimilation n'est exacte que dans la bouche des auteurs qui, comme Ricard et Lebrun, rejetaient la division de la donation. Elle manque de vérité, au moins en beaucoup de points, lorsqu'il est décidé, ainsi que cela est fait par l'art. 1084, que la donation est divisible.

2398. Ce n'est pas tout, et le Code, plus précis que l'ordonnance de 1751, décide, en termes exprès, que c'est seulement au décès du donateur que l'option du donataire peut se faire utilement. On reconnaît là le système de Brodeau et de Pothier. Les conséquences en sont palpables : nous les exposerons tout à l'heure.

2399. Enfin le Code ne s'en tient pas là; afin que le donataire puisse profiter du bénéfice de séparation, il veut qu'il soit annexé à l'acte un état des dettes et charges existantes lors de la donation. Sans cette formalité le donataire doit accepter la libéralité telle qu'elle est. Il ne saurait la diviser, et il faut qu'il accepte ou répudie pour le tout. Le Code a exigé cette condition, afin de faire connaître les dettes d'une manière précise et pour ne pas confondre les charges postérieures avec celles qui sont antérieures à la donation [5].

Voici, du reste, les motifs que Bigot de Préameneu donne de cette précaution [6], qui est une disposition toute nouvelle dont l'ordonnance de 1751 ne s'était pas avisée, mais dont la jurisprudence avait entrevu la nécessité [7].

« L'époux auquel avaient été donnés les biens

[1] Il a été également jugé par application de l'ordonnance qu'en cas de décès du donataire de biens présents et à venir avant le donateur et sans postérité, la donation échoit caduque, non-seulement pour les biens à venir, mais encore pour les biens présents. Besançon, 5 janvier 1810 (Devill., 3, 2, 179). Limoges, 8 janvier 1828 (Devill., 9, 2, 3). Cassat., req., 3 février 1835 (Devill., 33, 1, 184. *Journal du Palais*, t. XXVI, p. 1344).

[2] Argou, *Inst. au droit français*, t. 1, p. 274. Ri-

card, partie 3, ch. 11. Furgole, sur l'art. 87 de l'ord. de 1751, t. V, p. 164.

[3] *Supra*, n° 1193.

[4] *Supra*, n° 2367.

[5] Limoges, 19 mars 1841 (Devill., 41, 2, 442).

[6] Exposé des motifs (22 avril 1803); Loaré, t. XI, p. 418; Fenet, t. XII, p. 269.

[7] Rousseau de la Coubre, sur l'ordonn. de 1751, art. 17.

« présents et à venir avait, à la mort du donateur, le droit de prendre les biens existants » à l'époque de la donation en renonçant aux « biens à venir, ou de recueillir les biens tels » qu'ils se trouvaient au temps du décès. Lorsque le donataire préférait les biens qui existaient dans le temps de la donation, des procès sans nombre, et qu'un long intervalle de temps rendait le plus souvent inextricables, s'élevaient sur la fixation de l'état de la fortune à cette même époque : c'était aussi un moyen de fraude envers des créanciers dont les titres n'avaient pas de date certaine. La faveur du mariage ne doit avoir rien d'incompatible avec le repos des familles et la bonne foi. Il est donc nécessaire que le donateur, qui veut donner le choix des biens présents ou de ceux à venir, annexe à l'acte un état des dettes et des charges alors existantes, et que le donataire devra supporter ; sinon le donataire ne pourra, dans le cas où il l'acceptera la donation, réclamer que les biens qui se trouveront à l'époque du décès. »

Il suit de là que le législateur atteint un double but ; il établit une démarcation précise entre la situation au moment de la donation et la situation postérieure. Il fait reposer, sur une preuve contemporaine, un état de choses qui ne pouvait se constater que par des moyens tardifs. D'un autre côté, il établit aux yeux des tiers le caractère mixte de la donation ; il leur fait savoir qu'elle pourra être divisée au temps du décès. Il les tient en garde contre l'instabilité des engagements que le donateur pourrait contracter sur les biens présents.

On remarquera du reste que c'est du donateur que doit émaner l'état des dettes, ainsi que l'ligot en fait la très-juste observation. Comment, en effet, le donataire pourrait-il faire un état des dettes qu'il ne connaît pas ? Il a même été jugé, par arrêt du parlement de Toulouse du 17 juin 1672, que le donataire ne peut demander qu'inventaire soit fait des choses données du vivant du donateur [1] : il ne peut pas exiger davantage l'inventaire des dettes existantes.

2400. Voyons, maintenant, les conséquences de tout ceci. Il y a des effets qui se produisent du vivant du donateur, il y en a qui ne se

produisent qu'après son décès. Examinons-les dans cet ordre.

Et d'abord puisque ce n'est taxativement qu'au décès du donateur que le donataire peut faire l'option à lui réservée par l'art. 1084, et que l'effet de la donation est différé jusqu'à cette époque, il résulte que le donataire ne peut en demander l'exécution pendant la vie du donateur et qu'il ne saurait se faire investir, avant la mort de ce dernier, ni des biens présents ni des biens à venir au fur et à mesure de leur échéance. Par là se trouvent proscrits le premier et le deuxième systèmes antérieurs au Code Napoléon. Le donateur n'a pas besoin de retenir l'usufruit pour rester en possession jusqu'à sa mort. Le donataire n'est pas encore propriétaire ; il peut seulement le devenir [2], et la mutation ne s'opère pas actuellement [5].

C'est du reste ce qu'on trouve, implicitement du moins, dans un avis du conseil d'État du 20 décembre 1809 [4].

Le conseil d'État était interrogé sur la question de savoir si, dans une donation de biens présents et à venir faite par contrat de mariage, le droit proportionnel d'enregistrement est dû pour les biens présents, lorsqu'il est stipulé que le donataire entrera de suite en jouissance.

Le conseil....

« Considérant que le droit de retour en cas de survie de la part du donateur, conformément à l'art. 1089 du Code, ni la réduction à la quotité disponible aux termes de l'art. 1090 n'empêchent pas que la jouissance qui serait accordée de suite par contrat de mariage ne soit une véritable mutation ;

« A été d'avis que pour les donations de biens présents et à venir le droit proportionnel est dû pour les biens présents lorsqu'il est stipulé que le donataire entrera de suite en jouissance. »

Évidemment le conseil suppose que pour que le donataire entre en jouissance des biens présents, il faut une stipulation expresse dans la donation. Donc, de plein droit et d'après la nature de la donation de biens présents et à venir, le donataire n'entre en jouissance qu'après la mort du donateur.

2401. Il faut aller plus loin et dire que non-seulement le donateur reste en possession, mais

[1] Brodeau sur Louet, lettre D, somm. 34, no D.

[2] Duranton, t. IX, no 756. Coin-Delisle, sur l'art. 1084, Zachariæ, § 740, t. V, p. 359, édit. Aubry et Rau.

[3] Cassat., req., 1^{er} décembre 1829 (Devill., 9, 1, 336 ; *Journal du Palais*, 22, 1365). Cassat., ch. civ., rej., 15 fév. 1830 (Devill., 9, 1, 432). Cassat., 17 mai 1813 (Devill., 3, 1, 32 ; *Journal du Palais*, 2, 733). Cassat., 14 mai 1823 (Devill., 7, 1, 246).

Il n'y a rien de contraire dans deux arrêts de la cour de cassation des 11 janvier 1827 (Devill., 8, 1, 305), et 3 juillet 1827 (Devill., 8, 1, 630). Ces deux arrêts ont été rendus sur des faits antérieurs au Code et se rattachent tous deux à la législation des pays de droit écrit.

[4] Il est rapporté dans l'ouvrage de Champollion et Rigaud, t. IV, p. 408, no 2956.

que même il peut aliéner à titre onéreux les biens présents, ainsi qu'un bon père de famille peut le faire pour le mouvement de ses affaires. Il ne faut donc plus tenir compte du système de Furgole ni des idées du droit écrit. Ces idées ne sont pas plus admissibles en matière de donation universelle qu'en matière d'institution contractuelle. Le donateur a droit d'administrer, d'engager, d'hypothéquer, de vendre les biens présents au moment de la donation. Car il a entendu faire un bloc de sa fortune, et ne donner, à la vérité sous réserve d'une option éventuelle, que ce qui existerait au moment de sa mort. Le donataire qui, au décès, accepte la donation pour le tout, est tenu de respecter tous les actes du donateur, de tenir ses engagements, de payer ses dettes. On ne peut rien dire de plus fort pour confirmer notre proposition, et mettre hors de doute le droit du donateur. (*Quem de oratione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.*)

Seulement, s'il a été fait un état des dettes, et que le donataire veuille répudier les biens à venir pour s'en tenir aux biens présents lors de la donation, il pourra faire résoudre les aliénations opérées par le donateur. Car il n'est pas tenu des engagements postérieurs à la donation; il peut faire remettre les choses au point où elles en étaient lors de cette donation; c'est là l'avantage de l'option; c'est la sanction de la donation; c'est la marque du dessaisissement, qui, dans une mesure quelconque, doit se trouver dans un acte de donation.

2402. Puisque le donateur conserve la propriété et la jouissance de ses biens sous la réserve de l'option; puisque le donataire ne peut empêcher le donateur de les aliéner sous une condition résolutoire, il s'ensuit que les créanciers du donateur ont le droit de saisir et mettre en vente la propriété, telle quelle, que le donateur a conservée de ses biens. Et, comme c'est une propriété résoluble, il est convenable que le cahier d'enchères porte à la connaissance des amateurs la chance à laquelle sera exposé l'adjudicataire. Le donataire lui-même peut demander l'insertion d'une indication de cette nature; mais il excéderait son droit, si, allant au delà, il voulait s'opposer à l'adjudication [1].

2403. Nous disons que c'est la propriété même, quoique résoluble, que les créanciers peuvent mettre en vente. Il ne faudrait rien voir de contraire à cette pensée dans un arrêt de la cour de Bordeaux du 19 juillet 1831 qui n'autorise que la saisie de l'usufruit. Cet arrêt a été déterminé par les circonstances particu-

lières. Le tribunal de première instance, influencé sans doute par une clause de la donation qui réservait au donateur la jouissance et l'usufruit des biens donnés, avait réduit la saisie à cet usufruit. Or, sur l'appel, il ne faut pas croire que ce fût le créancier saisissant qui se plaignait de cette limitation; il demandait au contraire que l'appellation fût mise à néant, n'ayant pas d'intérêt probablement à poursuivre l'obtention d'un gage plus fort que l'usufruit qui lui permettait d'être payé en entier. L'appelant était le donataire qui, par la raison que le donateur avait fait réserve de l'usufruit, prétendait que la donation avait investi, lui donataire, de la nue propriété et que, dès lors, le créancier avait procédé en contravention à l'article 2205 du Code Napoléon, en faisant saisir une chose indivise [2] avant d'avoir fait opérer un partage de la chose indivise objet de la saisie.

Or le donataire s'exagérait la portée de la réserve d'usufruit, en pensant que le donateur avait voulu faire autre chose que se placer dans le droit commun. La cour développe d'excellents motifs pour le prouver, et elle termine en disant à l'appelant (je résume et traduis ses considérants) : « Qu'il vous vous plaignez de la décision de première instance ! Mais elle a fait pour vous plus qu'elle n'aurait dû faire. Elle a limité le droit de saisie à l'usufruit; elle aurait pu le faire porter sur la propriété même. Votre appel doit donc être mis à néant. »

On voit que c'est là un arrêt d'espèce qui ne saurait tirer à conséquence. Mais les motifs en sont très-juridiques, et contiennent une doctrine bonne à consulter.

2404. Arrivons à l'époque du décès du donateur.

A ce moment, les effets de la donation de biens présents et à venir varient notablement suivant qu'un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation a été ou n'a pas été annexé à l'acte de donation. Si cet état a été annexé, le donataire a l'option entre les biens présents et les biens à venir; si l'état n'a pas été annexé, il n'est plus qu'un donataire de biens à venir [3].

Lorsque le donataire, ayant le droit de choisir à cause de l'état annexé, choisit les biens présents, la donation produit tous les effets d'une donation entre-vifs de biens présents. Il ne subit que les dettes et charges existantes au jour de la donation et énoncées dans l'état annexé. Comme tout donataire sous une charge semblable, il a la liberté ou de payer les dettes

[1] Bordeaux, 19 juillet 1831 (Devill., 31, 2, 341; Journal du Palais, 21, 51).

[2] Loc. cit.

[3] Supra, n° 2397.

afin de conserver les biens, ou d'abandonner les biens aux créanciers afin de n'être plus tenu à rien envers eux (1). Il est censé avoir été propriétaire des biens du jour du mariage. Il a droit à la possession et aux fruits, comme un donataire entre-vifs, sans se faire consentir de délivrance par l'héritier saisi. Si des immeubles ont été aliénés même à titre onéreux par le donateur depuis que la donation a été transcrite, il les revendiquera contre tous les tiers possesseurs. Enfin on lui applique toutes les règles d'une donation entre-vifs de biens dont le donataire a été empêché d'entrer en possession jusqu'à l'événement d'une condition.

2405. Nous venons de dire que le donataire de biens présents et à venir qui opte pour les biens présents doit payer toutes les dettes existantes au jour de la donation et constatées dans l'état annexé. Sous l'empire de faits réglés par l'ancienne jurisprudence et lorsqu'un état des dettes n'était pas exigé, la cour de Nîmes a décidé que le donataire n'était pas tenu d'une dette contractée au moment même de la donation et constatée par cet acte.

Un sieur Jaunes marie sa fille et lui fait donation, par contrat de mariage du 6 frimaire an vi, de la moitié de tous ses biens présents et à venir. Dans le même acte il se reconnaît débiteur envers son gendre d'une somme de 1,900 fr. versée au moment même du contrat. A la mort du père, un créancier du gendre prétend que la fille qui a opté pour les biens présents n'en doit pas moins payer ladite somme.

La cour de Nîmes (2) s'est jugé que le donataire n'était point tenu de cette dette, qui n'était point une charge des biens au moment où ils ont été donnés.

Sous le Code Napoléon, il serait difficile de juger ainsi, si l'état des dettes renfermait la mention de la dette ainsi contractée. La donation contiendrait en pareil cas une charge expresse, et cette charge ne serait pas exorbitante puisqu'il s'agit d'une dette contemporaine de la donation, d'une dette existante au jour de la donation, comme dit l'art. 1084. Elle peut avoir été contractée d'ailleurs pour faire honneur à des dettes antérieures, pour payer des réparations et améliorations faites aux biens présents; de sorte que la dette constatée dans le contrat de mariage peut n'être qu'en apparence une dette contemporaine et qu'elle peut se reporter à un temps antérieur.

2406. A plus forte raison en serait-il ainsi, si au moment du contrat de mariage le donateur se reconnaissait débiteur d'une somme qui lui a été antérieurement comptée; c'est là une dette que le donataire doit acquitter, bien qu'il ait opté pour les biens présents (3).

2407. Lorsque parmi les biens qu'avait le donateur au moment de la donation se trouve une créance de somme d'argent, et que cette somme d'argent a été plus tard convertie en un immeuble au moyen d'une dation en paiement, le donataire, optant pour les biens présents, peut-il se dire propriétaire de cet immeuble et le revendiquer? N'est-ce pas plutôt un bien à venir?

Des raisons prépondérantes rendent cette dernière opinion plus probable. Le donateur était créancier d'une somme d'argent; le donataire a droit à cette même somme. Mais il ne peut élever la prétention de la suivre dans toutes les transformations qu'elle aura subies par la volonté du donateur. Il y aurait dans le système contraire de graves inconvénients. Les tiers qui ont traité avec le donateur relativement à cet immeuble acquis depuis la donation n'ont pas dû redouter l'effet de l'option du donataire; et sans leur faute ils seraient exposés à un préjudice presque inévitable, si le choix du donataire agissait rétroactivement sur cet immeuble. La donation, ne contenant pas l'indication spéciale de cet immeuble, ne pourrait, eût-elle été transcrite, avertir les tiers intéressés du danger qui les menaçait. Enfin il est souvent difficile de discerner, dans les titres de propriété, l'origine des deniers employés à l'acquisition.

Cette opinion est la plus favorable à la circulation des biens et à la sécurité des tiers; elle a été consacrée par la cour de Bordeaux (4).

2408. Au surplus, on peut voir ci-dessus (5) quelques questions qui se réfèrent au point de savoir quels biens doivent être rangés dans la classe des biens présents ou des biens à venir.

2409. Nous verrons par l'art. 1089 que si le donataire meurt avant le donateur, la donation est caduque, par rapport à lui, soit pour les biens présents, soit pour les biens à venir; mais que les enfants issus de son mariage lui sont substitués vulgairement, ainsi que cela a lieu dans le cas d'institution contractuelle (6). Il s'ensuit que les enfants existants au jour du décès du donateur ont le droit qu'aurait

(1) *Suprà*, n° 1217 et *infra*, n° 2454.

(2) Nîmes, 2 février 1830 (Deville., 9, 2, 387; *Journal du Palais*, 23, 120).

(3) Même arrêt de Nîmes.

(4) 26 mai 1830 (Deville., 9, 2, 445. *Journal du Palais*, 23, 507).

(5) N° 1199.

(6) *Suprà*, n° 2337, arg. de l'art. 1082.

eu leur père s'il eût survécu, de diviser la donation et d'opter pour les biens présents en renouçant aux biens à venir. Ce droit fait partie de la substitution, et les enfants l'exercent non comme héritiers de leur père, mais *jure suo*. Il ne faut pas s'arrêter, sous le Code Napoléon, à l'opinion de Fargole [1], de Chabrol [2] et autres qui ont raisonné sous l'empire des idées des pays de droit écrit, et qui, partant du principe que la donation avait un effet actuel en ce qui concerne les biens présents, décidaient que les enfants qui optaient pour les biens présents ne faisaient que succéder à une chose dont leur père avait été saisi et qu'ils trouvaient dans sa succession. Ces notions ne sont pas applicables sous le Code Napoléon, qui ne voit pas, dans la donation cumulative des biens présents et à venir, deux donations distinctes originellement, l'une entre-vifs, l'autre à cause de mort. Le prédécès fait tomber la donation pour le tout, et par suite les enfants sont substitués à leur père aussi pour le tout; et quand ils optent pour les biens présents, ils prennent *jure suo* et non comme héritiers.

La conséquence de cette option, c'est qu'ils peuvent faire résoudre les aliénations et les engagements qui auraient pu diminuer l'émolument de la donation au moment où elle a été faite. Le donateur a eu en vue les enfants à naître, aussi bien que leur père, quand il a donné; il a contracté envers eux les mêmes engagements.

A cela on fait une objection qui nous semble peu sérieuse. On dit : puisque la donation se trouve transformée, par le moyen de l'option, en une donation de biens présents, et que les enfants sont censés saisis rétroactivement à partir du jour du contrat, n'arrive-t-on pas à ce résultat bizarre, qui est de faire que ces enfants exercent un droit de propriété remontant à une époque à laquelle ils n'étaient pas encore nés et où ils ne pouvaient pas acquérir? Or, comment n'être pas frappé de cette situation contraire à toutes les règles?

Nous répondons qu'il n'y a rien de moins sage que de vouloir s'appuyer sur la règle quand on est dans l'exception, et de juger avec le droit commun des matières anormales. Dans les contrats de mariage qui n'ont d'autre but que les enfants, ceux-ci sont en quelque sorte parties au pacte de famille. Le donateur qui a gratifié le père par son contrat de mariage n'a agi ainsi que *ad spem liberorum*. La libéralité est donc

incommutablement acquise du jour du contrat au père et à ses enfants, et ceux-ci sont tacitement substitués en vertu d'une présomption fondée sur l'affection [3]. Puisqu'il est constant que par contrat de mariage on peut faire certaines dispositions au profit des enfants à naître (art. 1082 et 1086), il faut que ces dispositions produisent des conséquences utiles; et pour les obtenir on doit passer sur la règle et admettre l'exception. Dès l'instant qu'on admet que l'enfant à naître est censé né pour lier et obliger irrévocablement le donateur, il faut aussi admettre, sans s'en étonner, qu'il est censé né pour recueillir les bénéfices de cet engagement.

2410. Une question plus utile consiste à savoir quel parti on doit prendre si les enfants ne sont pas d'accord sur le choix à faire : l'un peut vouloir s'en tenir aux biens présents, l'autre accepter les biens à venir. Dans ce cas, le meilleur moyen est de considérer ce qu'il y a de plus utile, *quid utilius*, et de diviser la donation ou de la faire subsister dans son entier, suivant que le donataire, quel qu'il eût été, y eût trouvé plus d'avantage [4].

2411. Laçons-nous, maintenant, dans l'autre terme de l'option et supposons que le donataire a accepté la donation cumulative; quels sont alors ses droits et ses obligations? Remarquons, avant d'aller plus loin, que notre solution sur ce point sera la même que celle à laquelle il faudra arriver dans le cas où le donataire, n'ayant pas eu le droit de s'en tenir aux biens présents parce qu'il n'y avait pas d'état de dettes annexé à la donation, a accepté toute la donation. Ce sont là deux situations parfaitement semblables : définir l'une, c'est définir l'autre.

Et d'abord, il est constant que le donataire est tenu de respecter les aliénations à titre onéreux que le donateur a faites dans le libre et loyal exercice de son droit de propriété, et qu'il doit payer toutes les dettes existantes au moment du décès.

C'est là un point positivement consacré par l'article 1085 et qui ne saurait trouver, sous le Code Napoléon, les difficultés dont il était environné dans l'ancienne jurisprudence. Nous avons exposé ci-dessus ces difficultés : elles proviennent des différences qui existaient entre les pays de droit écrit et les pays coutumiers sur la manière d'envisager les donations universelles.

2412. Ainsi, par la tendance que les auteurs des pays de droit écrit avaient d'assujettir, autant que possible, la donation de biens présents

[1] Sur l'art. 47 de l'ordonn. de 1751.

[2] Sur Auvergne, ch. 14, art. 26, sect. 43, p. 573 (avant-dernier alinéa).

[3] Brodeur sur Louet, lettre S, somm. 9, n° 10.

[4] Chabrol, loc. cit.

et à venir aux règles et à l'irrévocabilité des donations entre-vifs, ils admettaient d'abord l'indisponibilité absolue des biens présents du donateur et l'impossibilité pour celui-ci de disposer à titre gratuit de ses biens à venir [1]. Rien n'est plus constant que le premier point [2]. Le second est attesté par Furgole [3] : « Quoi-
« que le donateur puisse donner atteinte à la
« donation des biens à venir en contractant des
« dettes, il ne peut pas y donner atteinte par
« des donations entre-vifs ni par des disposi-
« tions testamentaires ou à cause de mort. »

Les mêmes règles ont été consacrées par un arrêt du parlement de Toulouse du 14 décembre 1594 [4]. « Un père, mariant sa fille, lui
« donne la troisième partie de ses biens présents
« et à venir ; après le décès du père, l'héritier
« demande que la fille soit tenue de payer pour
« sa troisième les légitimes, légats et frais fu-
« nèbres... Il fut jugé que la fille était obligée
« d'acquitter la troisième partie des dettes, au-
« tres pourtant que les légats, légitimes et hon-
« neurs funèbres, que la cour ordonna être
« payés sur les autres deux tiers des biens. »

2413. Au contraire, dans les pays de coutume, toutes les fois que le donataire ne faisait pas la division, il prenait les biens comme un bloc dans lequel les biens présents et les biens à venir étaient mêlés et confondus ; le donateur n'était censé avoir voulu donner que sa succession, et, comme le disait Lebrun, le revenant bon à son décès ; et partant de là, le donataire était tenu de tous les actes du donateur et de toutes ses dettes [5]. Devait-il également respecter les aliénations à titre gratuit du donateur ? On ne variait que sur l'étendue et la mesure [6].

2414. Le Code a préféré ce système à celui des pays de droit écrit. Il n'y a qu'un point sur lequel il laisse un instant d'hésitation. C'est celui qui touche aux aliénations à titre gratuit. En disant, dans l'article 1083, que le donataire ne pourra réclamer que les biens existants au jour du décès du donateur, il semble, au premier coup d'œil, exiger la ratification des aliénations à titre gratuit, aussi bien que des aliénations à titre onéreux.

Mais l'analogie de la situation du donataire qui prend les biens à venir avec celle de l'institué contractuel doit nous déterminer à inter-

préter l'article 1083 par l'article 1085, et il faut décider que le donateur de biens présents et à venir a été incapable de disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques à titre de récompense [7]. Il n'est pas à croire que le législateur ait voulu se montrer plus défavorable au donataire, qu'il ne l'a été à l'égard de l'institué contractuel. Le premier recueille en vertu d'un acte qui a le caractère d'une pure libéralité. Le second est appelé à recueillir le patrimoine tel qu'il est, à continuer la personne du disposant. Si l'un des deux doit respecter tous les actes de son auteur, c'est l'institué contractuel beaucoup plus que le donataire. Donc, si l'héritier institué par contrat de mariage a le droit de ressaisir les biens aliénés à titre gratuit par l'instituant, à plus forte raison en doit-il être de même du donataire de biens présents et à venir [8].

C'est, du reste, ce qu'a décidé la cour de cassation, en considérant que « l'article 1083 qui
« autorise le donataire des biens que le dona-
« teur laissera à son décès, à poursuivre la nul-
« lité des dispositions à titre gratuit faites à son
« préjudice, s'applique nécessairement au do-
« nataire contractuel des biens présents et à
« venir, qui n'opte pas pour les biens pré-
« sents [9]. » Il est vrai que, dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'une vente apparente ; mais la cour d'appel avait constaté en fait qu'elle n'était qu'une donation déguisée.

2415. Ici se présente la question de savoir si, chargé de payer les dettes, le donataire qui recueille la donation cumulativement et sans division, en est tenu *ultra vires*, ou seulement *intra vires honorum* ?

Cette question est une des plus délicates de notre sujet.

Dans notre ancien droit, l'institué contractuel et le donataire de biens présents et à venir présentaient entre eux, sous ce rapport, des différences essentielles. Le premier était, comme un héritier *ab intestat*, ou comme l'héritier institué par testament dans le droit romain, le représentant, le continuateur de la personne du défunt, et par suite, obligé indéfiniment au paiement des dettes [10]. « L'institution con-
« tractuelle, nous dit Pothier, a les mêmes ef-
« fets que l'institution testamentaire dans les

[1] *Supra*, n° 2387.

[2] *Supra*, loc. cit.

[3] Sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1731.

[4] Rapporté par Cambolas, liv. 2, ch. 9.

[5] *Supra*, n° 239.

[6] Ricard, n° 1062, 1063. Anroux des Pommiers, sur Bourbonnais, art. 299, n° 9. Lebrun, 3, 2, n° 20. Dumoulin sur l'art. 12 du titre des Donations de la coutume de Nivernais.

[7] *Supra*, n° 2350.

[8] De l'émouville sur Grenier, n° 433, t. III, p. 530, édit. de Royle-Mouillard ; Vazeille sur l'art. 1084, n° 3 ; Zachariæ, § 740, trad. de Aubry et Rau, t. V, 540 ; Cassat., ch. civ., 31 mars 1840 (Devill., 40, 1, 407).

[9] Arrêt de rejet du 27 février 1821 (Devill., 6, p. 388 ; Journal du Palais, 16, 40).

[10] *Supra*, n° 2315.

« provinces où elle est admise. C'est pourquoi...
 « l'institué... succède, de même que tout autre
 « héritier, en tous les droits actifs et passifs
 « du défunt, et par conséquent il est tenu des
 « dettes de la succession même *ultra vires*,
 « s'il n'a pas eu recours au bénéfice d'inven-
 « taire [1]. »

Il n'en était pas de même du donataire universel de biens présents et à venir. Le donataire de biens présents et à venir, n'étant qu'un simple successeur appelé à recueillir une masse de biens et non pas un héritier proprement dit, n'était tenu des dettes qu'en vertu de la maxime *quem sequuntur commoda, sequuntur et incommoda* [2], ou bien encore parce que les biens, auxquels il a droit ne se prennent que *deducto aere alieno* [3]. Il ne contribuait donc aux dettes que *pro rata emolumenti* [4]. Quoique le donataire fût comparé souvent à l'héritier et qu'on dit de lui qu'il était *loco hæredis*, on se gardait bien de l'assimiler entièrement à un héritier. Sous l'ancien droit coutumier, il n'y avait que Dieu qui pût faire un héritier, si ce n'est en institution contractuelle [5]. Le légataire universel lui-même ne représentait pas le défunt, et dans les pays de droit écrit, où l'on était si attaché aux prérogatives du testament, jamais on n'aurait pu comprendre et admettre qu'un acte de donation pût faire un héritier. Le donataire universel, n'étant donc ni héritier direct, ni héritier utile, n'était pas obligé personnellement, mais seulement à raison des biens qu'il appréhendait [6]. C'est pourquoi l'art. 354 de la coutume de Paris déclarait que les donataires universels n'étaient tenus des dettes que chacun pour « telle part ou portion qu'ils en « amenaient. »

Il résultait de là deux conséquences : l'une que le donataire de biens présents et à venir n'avait pas besoin de se faire délivrer des lettres de bénéfice d'inventaire pour ne pas être tenu *ultra vires*; l'héritier seul, qui représentait le défunt et soutenait sa personne, avait besoin de ces lettres de chancellerie ; il suffisait que le donataire eût fait dresser un inventaire des biens dont il entrerait en possession. M. le premier président du parlement de Paris, à la suite d'un arrêt du 28 mai 1626 « avertit les avocats « de ne plus donner avis aux légataires et do-

« nataires universels d'obtenir lettres en chan-
 « cellerie pour accepter un don universel par
 « bénéfice d'inventaire, et que l'inventaire,
 « bien et dûment fait, suffisait, conformément
 « aux conclusions de M. l'avocat général Talon,
 « qui remontra que les lettres de bénéfice d'in-
 « ventaire n'étaient point nécessaires en cette
 « rencontre; d'autant que *possessio defuncti*
 « *non transit iuncta in legatarium, vel dona-*
 « *tarium*; qu'il n'y avait point de confusion
 « d'immubles, ni de patrimoines, et par con-
 « séquent que le bénéfice d'inventaire était
 « inutile [7]. »

La seconde conséquence était que le donataire universel, n'étant tenu des dettes du défunt qu'à raison de la possession qu'il avait prise des biens de ce dernier, pouvait se soustraire à l'action des créanciers, en leur abandonnant les biens donnés qui étaient leur gage exclusif. Les témoignages les plus constants existent sur ce point dans l'ancien droit. Chorier faisait remarquer en effet [8] que le donataire universel *non tenetur actione personali, sed reali et hypothecaria*, de sorte qu'en abandonnant les biens, *liberatur, nec tenetur ultra vires* : c'est pourquoi une donation universelle peut, *etiam post multos annos*, être abandonnée aux créanciers, si le donataire est de bonne foi. Brillou cite, avec Chorier, un arrêt du parlement de Grenoble du 27 août 1661 en faveur de la demoiselle Bonne de Riquebourg, à qui il fut permis de faire inventaire et de discuter judiciairement les biens dépendant de la donation, sauf à elle à supporter les frais de cet inventaire et de cette discussion [9]. On trouve des décisions analogues dans la jurisprudence du parlement de Normandie attestée par Bérault [10] et Basnage [11], et Pothier n'a fait que résumer la doctrine et les arrêts lorsqu'il a dit [12] : « à l'égard des « donataires et légataires universels... toutes « ces personnes ne sont tenues des dettes que « jusqu'à concurrence des biens auxquels ils « succèdent ; ils peuvent, en les abandonnant, « se décharger des dettes. La raison est que « toutes ces personnes ne succèdent point à la « personne du défunt, mais seulement à ses « biens ; ils ne sont tenus des dettes que parce « qu'elles sont une charge des biens ; ils n'en « sont point débiteurs personnels : or, c'est un

[1] Cout. d'Orléans, lit. 17, introd., n° 23.

[2] Louet, lettre D, somm. 54.

[3] De Laurière sur Loisel, 2, 4, 14. *Supra*, n° 65.

[4] Art. 354, cout. de Paris. Brodeau sur Louet, *loc. cit.*, n° 4. Brillou, *vo Dettes*, n° 9, et *vo Donation*, n° 152. Basnage sur Normandie, art. 451. Coquille, quest. 159. Cailleton, liv. 5, ch. 24.

[5] *Supra*, n° 1840.

[6] Merlin, *Répert.*, *vo Instit. contr.*, § 21, n° 2.

[7] *Journal des aud.*, t. 1, p. 59. Ferrières sur Paris, art. 354, n° 11.

[8] Sur Guy Pape.

[9] Brillou, *vo Donation*, n° 153.

[10] Sur Paris, 454.

[11] Sur le même article à la fin.

[12] *Des Successions*, ch. 3, art. 3, § 2.

« principe que, lorsqu'on n'est tenu de quelque
« dette qu'à raison d'une chose qu'on possède.
« on peut s'en débarrasser en abandonnant la
« chose. »

Il est vrai qu'il est arrivé à beaucoup de jurisconsultes de comparer la donation universelle, non divisée, à l'institution contractuelle. Je citerai Lebrun entre autres [1]. Mais les analogies n'empêchent pas les différences, et Lebrun lui-même enseigne que, si l'institué contractuel est tenu des dettes [3] personnellement et indéfiniment, le donataire universel n'en est tenu que *pro modo emolumentis* [5]. Et comment pourrait-il le décider autrement, en présence de l'art. 554 de la coutume de Paris?

Tel était donc l'ancien droit.

2416. Recherchons, maintenant, si le Code Napoléon a fait quelque échange à une jurisprudence si bien établie. Et d'abord, aucun texte ne révèle une pensée d'innovation. Il est vrai que, dans une matière voisine de la nôtre, un échange grave a été opéré. Il y avait, autrefois, entre l'héritier et le légataire universel tel qu'il était envisagé par le droit coutumier, une différence profonde. Le légataire universel ne succédait pas *in universum jus*; il n'était pas héritier; il n'était qu'un simple successeur aux biens tenu *intra vires* [4]. Or, ou sait qu'il est maintenant assimilé à l'héritier, qu'il est obligé personnellement envers les créanciers et par conséquent obligé au delà des forces de la succession [5]. Toutefois cette innovation ne s'est pas produite par des voies clandestines ou détournées; le législateur a pris soin de déclarer formellement dans deux articles que le légataire universel est tenu personnellement [6]. Mais on ne rencontrera nulle part des textes semblables à propos du donataire de biens présents et à venir. Jamais le Code n'a dit qu'il serait obligé personnellement envers les créanciers du donateur; l'art. 1086 fournit même un argument contraire, qui a une grande force [7]. Le donataire reste donc dans la condition de successeur aux biens, qu'il avait dans l'ancien droit. Il n'est tenu des dettes qu'à cause de la possession des biens et par conséquent qu'*intra vires* [8].

Cette solution se justifie également et par la raison, et par l'intention présumée du donateur. La distinction qui se faisait autrefois entre le légataire universel et l'héritier institué, reposait sur des préjugés coutumiers, sur la prémi-

nence du sang et de la succession légitime par rapport à la volonté de l'homme. Aujourd'hui ces idées sont effacées; la volonté a repris son autorité légitime, et la raison ne voit pas de différence fondamentale entre celui qui est appelé par la loi et celui qui tient sa vocation du testateur. Au contraire, entre le légataire universel et le donataire de biens présents et à venir, il y a une différence qui naît de la nature différente de leurs titres. Le premier tient son droit d'un testament, le second, d'un contrat; le premier, d'un acte essentiellement soumis à la volonté ambulatoire de l'homme, le second, d'un acte irrévocable. Le disposant a voulu avoir dans le premier un représentant, un autre lui-même; le donateur n'a voulu conférer au second qu'un avantage, une libéralité, et il est de principe que cette libéralité ne doit pas lui devenir onéreuse. On peut appliquer ici ce que disait de Laurière sous l'ancien droit : « En un mot, la
« donation et l'institution d'héritier sont deux
« genres de dispositions différentes. On veut
« faire un héritier et on ne veut point faire un
« donataire; on veut un successeur qui ne soit
« pas seulement *successor bonorum*, mais *successor juris universi* [9]. » Comment aurait-il été possible de croire que le donateur a voulu faire un héritier, lorsqu'il a dressé un état des dettes et ménagé à son donataire un droit de division et d'option incompatible avec la succession et la qualité d'héritier? Lebrun ne disait pas avec moins de sens que de Laurière : « Si l'on considère l'intention de celui qui a
« fait l'institution, l'on conclura que puisqu'il
« a mieux aimé faire une institution contractuelle qu'une donation entre-vifs, il a souhaité que son héritier fût chargé des obligations d'un véritable héritier, qu'il fût tenu
« personnellement et indistinctement de toutes
« les dettes [10]. » Est-ce là ce qu'a voulu faire celui qui, pouvant faire un héritier, a mieux aimé faire un donataire?

Ainsi le donataire de biens à venir est aujourd'hui comme autrefois tenu des dettes, parce qu'elles sont une charge des biens. Mais il n'en est pas tenu personnellement, comme l'héritier, qui seul représente le défunt; il n'en est tenu que par l'action *personalis in rem scripta*. Il n'y a pas confusion entre le patrimoine du donateur et celui du donataire, et le passif du donateur ne devient pas propre et personnel au donataire. C'est pourquoi, en aban-

[1] Des Successions, 4, 2, 2, n° 39.

[2] *Id.*, 3, 2, n° 41.

[3] *Id.*, 4, 2, 1, n° 3, 4.

[4] *Supra*, n° 1536, 1810.

[5] *Supra*, n° 1840, 1841.

[6] Art. 1009 et 1012 du C. Nap.

[7] *Infra*, n° 2432.

[8] *Supra*, n° 65 et suiv.

[9] *Just. contr.*, ch. 6, n° 22, t. II, p. 50.

[10] Des Success., 3, 2, n° 41.

donnant les biens, ce dernier peut non-seulement échapper à l'action des créanciers, mais encore faire valoir ses propres actions contre le défunt; car elles n'ont pas été éteintes par la confusion.

2417. Ces points ont été consacrés, du reste, par un très-important arrêt de la cour de cassation du 29 février 1820 [1] dont nous avons donné ci-dessus l'espèce et les motifs [2].

Il décide très-nettement qu'une femme, donataire universelle de son mari par contrat de mariage de 1812, a pu, malgré son immixtion et à la différence de l'héritier pur et simple, faire abandon des biens donnés, pour se libérer de la poursuite des créanciers, et, même comme un héritier bénéficiaire, exercer ses créances personnelles contre le défunt, sans souffrir, plus que cet héritier, de la confusion [3].

Ceci posé, et si l'on veut se bien pénétrer de tout ce que nous avons dit, on verra que cet arrêt se concilie parfaitement avec celui du 13 août 1851 [4] qui a décidé que les légataires universels sont, comme les héritiers, obligés personnellement et indéfiniment aux dettes de la succession, que la confusion s'opère entre les biens du défunt et les biens du successeur, à moins que ce dernier n'ait accepté sous bénéfice d'inventaire. Sur quoi est fondé ce dernier arrêt? Sur l'art. 1002, qui assimile l'héritier institué et le légataire, et sur les art. 1009 et 1012, qui déclarent le légataire tenu personnellement des dettes de la succession. Or, précisément, rien de pareil n'existe au sujet du donataire; et autant l'arrêt du 13 août 1851 nous semble juridique, autant nous croyons que l'arrêt du 29 février 1820 se justifie par les nuances qui séparent la donation du testament et du legs.

2418. Il importe peu, au surplus, que cette solution soit contredite par plusieurs auteurs, et notamment par Toullier [5].

Quand on va au fond des choses, quand on voit les différences que le Code Napoléon a mises entre les légataires et les donataires, assimilés dans l'ancien droit, quand aussi on ne se laisse pas prendre à ces expressions des jurisconsultes d'autrefois, disant que les donataires universels sont *loco hæredis*, on n'éprouve aucune hésitation, et l'on décide que c'est préci-

sément parce qu'ils sont *loco hæredis* qu'ils ne sont pas de vrais héritiers, et que, n'ayant que de simples analogies avec ceux-ci, sans conformité parfaite, ils doivent être traités différemment. Loisel posait aussi cette règle : « Les légataires universels sont tenus pour héritiers [6], » leur appliquant les lois 128, § 1, et 117, D., de Reg. juris : « *hi qui in universum jus succedunt, hæredis locu habentur.* » Il n'en est pas moins vrai qu'ils n'étaient pas tenus des dettes comme les héritiers; qu'ils n'en étaient pas tenus personnellement [7]. C'est ce qui a lieu, aujourd'hui comme autrefois, pour les donataires universels. Il sont comparables aux héritiers en ce qu'ils sont tenus des dettes, et, sous ce rapport, *hæredis locu habentur*; mais ils en diffèrent en ce qu'ils ne sont pas personnellement tenus, et que les dettes ne les obligent que parce qu'ils n'ont droit aux choses données que *deducta ære alieno* [8].

Je ne sais si M. Nicias Gaillard, dans ses remarquables conclusions sur l'obligation personnelle des légataires universels [9], ne s'est pas laissé entraîner un peu trop loin, en donnant à entendre que, même dans l'ancien droit, on ne devait pas restreindre aux *bonorum possessiones* et aux *fidéicommissaires* la règle du droit romain : *hi qui in universum jus defuncti succedunt, hæredis locu habentur*. Je ne voudrais pas m'en rapporter à Dantoine pour penser que, même autrefois, on tenait pour semblables aux héritiers non-seulement les fidéicommissaires et les *bonorum possessiones*, mais encore les donataires universels. Je conviens que Dantoine va jusque-là : « Il est du devoir d'un interprète « de rapporter tous les exemples où la maxime « que l'un propose ici peut avoir lieu, savoir, « que par quelque titre que l'on succède, « pourvu que le titre soit universel, le successeur est réputé pour héritier, par la raison « que toute personne a la qualité d'héritier qui « succède en tous les biens du défunt... »

« Le troisième exemple s'applique aux légataires universels... »

« Le quatrième exemple convient au donataire universel, qui est obligé de payer toutes « les dettes du donateur : *quia est loco hæredis*, « lorsqu'il accepte la succession purement et « simplement; mais, quand il accepte par héritage d'inventaire, il n'est tenu que jusqu'à

[1] Devill., 6, 1, 190. *Journal du Palais*, 13, 814.
Dalloz, *Dispos. entre-vifs*, ch. 4, sect. 3, art. 3, n° 14.

[2] N° 67.

[3] Voy. *infra*, n° 2448.

[4] Voy. *supra*, n° 1841.

[5] Toullier, t. V, n° 835, et t. IV, n° 524. *Junge*

Chabot sur l'art. 873, n° 26, 27, 28.

[6] 2, 4, 14. *Supra*, n° 1836.

[7] De Laurière sur Loisel, *loc. cit.*

[8] De Laurière, *loc. cit.*

[9] Pag. 21 de la brochure qu'il a publiée, ou *Revue critique*, 1832, t. II, p. 363.

« la concurrence des biens : d'où il s'ensuit
« qu'un donataire universel est comparé à un
« véritable héritier [1]. »

Mais cette doctrine de Dantoine pèche par défaut de mesure ; elle dépasse les bornes du vrai. Il est certain, il est constaté par M. Nicias Gaillard lui-même [2] que le donataire universel, de même que le légataire universel, n'était tenu des dettes du donateur que *intra vires emolumentis*. L'opinion de Dantoine n'était qu'une exagération et une erreur cent fois condamnée. Ce n'est que par le Code Napoléon qu'une modification a été introduite dans la condition du légataire. Mais le donataire universel a été laissé par lui dans son ancienne situation. Il faut donc qu'il y reste, et c'est avec grande raison que la cour de cassation l'y a laissé.

C'est pourquoi nous ne disons pas avec Zacharie [3] : « La donation cumulative de biens « présents et à venir est une variété de l'institution contractuelle ; elle n'en diffère même, « à vrai dire, que par le droit d'option dont « jouit le donataire. Nous soutenons qu'elle en diffère encore quant à l'obligation des dettes, et nous sommes persuadé que le législateur, consacrant des articles distincts à l'institution contractuelle et à la donation des biens présents et à venir, n'a pas voulu confondre ces deux dispositions.

Il est vrai que dans le cours d'une argumentation sur des questions toutes différentes de la nôtre, des arrêts ont avancé qu'une donation de biens présents et à venir, en l'absence d'un état des dettes antérieures ou dans le cas d'option du donataire pour les biens à venir, dégénère en une institution contractuelle [4]. Ces arrêts ont parfaitement raison au point de vue où ils étaient placés. Mais il ne faut pas les étendre hors de leur sphère ; et l'on se gardera de généraliser une assimilation qui n'était admissible que relativement à la question spéciale soumise aux magistrats.

Lebrun aussi avait rapproché étroitement la donation de biens présents et à venir de l'institution contractuelle. Mais son expérience était trop grande pour appliquer à l'un l'obligation de l'autre relativement aux dettes [5]. Tous deux se donnent la main sur bien des points ; mais ils se séparent sur d'autres qui sont capi-

taux. Il faut bien qu'il en soit ainsi, puisqu'ils diffèrent par le nom, par le titre et par l'intention du disposant.

2419. Mais il ne suffit pas d'avoir séparé la cause du donataire universel de celle du légataire universel et de l'héritier ; il reste encore un point à éclaircir, et il faut savoir si, pour se maintenir dans sa position par rapport aux créanciers du défunt, le donataire n'est pas tenu de faire un inventaire préalable qui empêche la confusion de son patrimoine et des biens qu'il recueille. Notez que ce qu'on demande ici de lui n'est pas un retour indirect au bénéfice d'inventaire proprement dit, dont nous avons prouvé tout à l'heure qu'il est affranchi ; il ne s'agit pas d'imposer au donataire la déclaration publique de son intention et son acceptation solennelle et au greffe sous bénéfice d'inventaire. Il s'agit uniquement de savoir si, pour s'exonérer des dettes *ultra vires*, il n'est pas tenu de se procurer une preuve écrite et antérieure à toute immixtion de l'importance des biens donnés.

Sur cette question, il y avait dissidence dans l'ancienne jurisprudence : les uns pensaient que l'immixtion du donataire, sans inventaire préalable, ne l'empêchait pas de prouver plus tard, par tous les moyens, et même par commune renommée, les forces de la donation, pourvu qu'il fût de bonne foi.

Les autres soutenaient que le défaut d'inventaire devait le faire traiter comme un héritier pur et simple, puisqu'il avait lui-même opéré la confusion de ses biens et de ceux de son auteur.

2420. A l'appui du premier sentiment on peut citer un arrêt du parlement de Grenoble que nous avons rapporté ci-dessus [6]. Et c'était aussi l'opinion de Ricard [7] : « Ceux qui défendent l'opinion contraire, dit-il, se fondent « sur ce que l'héritier qui veut accepter sous « bénéfice et qui ne fait pas inventaire, perd le « privilège de ce bénéfice et demeure indistinctement obligé aux dettes. Mais il y a une raison de différence, qui résulte de ce que l'héritier par bénéfice, à faute de faire inventaire, est tenu en son propre et privé nom : parce que les choses retournent facilement à leur principe, dans lequel l'héritier se trouve chargé de plein droit de cette obligation ; ce

[1] Règles du droit civil, sur la loi 128, § 1, D., *De regulis juris*, p. 317.

[2] Pag. 10 de la brochure.

[3] § 740.

[4] Grenoble, 19 janvier 1847 (Devill., 48, 2, 144 ; *Journal du Palais*, 48, 1, 663). Voyez aussi cassat.,

27 fév. 1821 (Devill., 6, 1, 389 ; *Journal du Palais*, t. XVI, p. 110).

[5] *Supra*, no 2415.

[6] No 2415.

[7] *Donat.*, 2^e partie, nos 1518, 1519.

« qu'on ne peut pas dire du donataire qui
« de soi n'est obligé aux dettes, que jusqu'à
« concurrence des effets compris en la dona-
« tion... »

« De sorte que, dans une pareille rencontre,
« l'action des créanciers contre le donataire
« doit être poursuivie de la même façon que si
« elle était intentée contre un possesseur par-
« tieulier, qui se serait emparé des biens du
« débiteur, sans compte ni mesure, que l'on
« ne condamnerait pas pour cela indéfiniment
« et en son propre et privé nom; mais qu'on
« obligerait à rapporter les effets qu'il serait
« convaincu d'avoir divertis, suivant l'estima-
« tion des biens faite par la commune renom-
« mée, joint le serment *in litem*, chaque ques-
« tion ayant ses principes séparés, sans qu'elles
« puissent être réglées les unes par les autres. »
De cette opinion il faut rapprocher celle de
Furgole :

« Le donataire de tous biens présents et à
« venir... succédant *in universum jus*, doit
« être considéré comme héritier et doit payer
« toutes les dettes et charges de la succession... »

« Mais cette action personnelle ne lie pas le
« donataire de manière qu'il puisse être tenu
« au delà des forces des biens, quand même
« il n'aurait point fait d'inventaire. »

« Cela est fondé sur plusieurs raisons. »

« L'action dont le donataire est tenu n'est
« pas pure personnelle, mais *in rem scripta*... »

« Selon Cujas, sur la loi 37, *De usu et usufr.*
« *leg.*, la donation n'est faite que de ce qui
« reste, *deducto ore alieno*; ainsi il n'y a pas
« de donation quand les biens sont absorbés par
« les dettes. »

« Il faudrait néanmoins excepter le cas de
« fraude ou de lésation, qui, selon la remar-
« que de Calclan (liv. V, chap. 24), est tou-
« jours excepté des règles et renverse les plus
« sûres et les mieux établies [1]. »

2421. Mais, du côté de l'opinion contraire,
on trouve des défenseurs nombreux et im-
portants; l'un des plus considérables est Loy-
seau [2], auquel on peut joindre Lebrun [3];
tous deux veulent (je cite les expressions du
premier) que, si par le défaut d'inventaire, il y
a mélange et confusion des biens donnés avec
ceux du donataire, celui-ci soit tenu solidaire-
ment.

Mais écoutons Domat [4] : « Si le donataire
« s'était mis en possession des biens après la
« mort du donateur sans en faire un inven-
« taire, il ne pourrait plus diviser la donation,
« et sa condition serait la même que s'il était
« héritier pur et simple. »

Pothier enfin, dont le jugement a toujours
tant d'autorité, se prononce contre Ricard.
« Pour que les légataires et donataires univer-
« sels, les successeurs à titre de déshérence et
« autres qui succèdent aux biens plutôt qu'à la
« personne, ne soient tenus des dettes que jus-
« qu'à concurrence des biens auxquels ils ont
« succédé, il faut qu'ils en aient fait constater
« la quantité, par un inventaire, ou quelque
« autre acte équivalent; s'ils s'en sont mis en
« possession sans cela, et qu'ils aient disposé
« des biens, ils seront tenus indéfiniment des
« dettes, et ils ne seront pas reçus, pour s'en
« décharger, à offrir d'abandonner et de tenir
« compte des biens, s'étant mis par leur faute
« hors d'état d'en pouvoir constater la quan-
« tité; c'est le sentiment commun, duquel
« s'écarte Ricard, qui prétend que, même en ce
« cas, ils doivent être reçus à l'abandon et à
« justifier par enquête de commune renommée
« la quantité des biens. Ce sentiment ne doit
« pas être facilement suivi [5]. »

Il est certain, en effet, que ce second sys-
tème était dominant dans l'ancienne jurispru-
dence [6]. On supposait que le donataire n'avait
accepté la donation que parce qu'il avait trouvé
assez de biens pour payer les dettes; qu'après
tout le mélange de ses biens avec les biens don-
nés, élevait contre lui une présomption résul-
tant de son propre fait et militait en faveur des
créanciers *qui certant de damno vitando* [7].

2422. Il paraît difficile de s'écarter, sous
l'empire du Code Napoléon, d'une présomption
qui ressort si naturellement du fait du dona-
taire et de la situation des choses. On ne sup-
pose pas la faute, l'imprudence, l'oubli de ses
propres intérêts.

Le successeur, qui s'empare d'une masse de
biens grevés de dettes sans la décrire et l'inven-
torier, est donc censé ne l'avoir prise ainsi que
parce qu'il y a trouvé son avantage, le passif
lui ayant paru tout au moins balancé par l'ac-
tif; dès lors les créanciers sont fondés à tirer
les conséquences de cette confusion et à tenir

[1] Sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1731.

[2] *Du déguerpissement*, t. 1, n. 2.

[3] *Success.*, 4, 22, n. 56.

[4] *Lois civiles*, p. 2, liv. 1, tit. 1, sect. 3, art. 6.

[5] *Success.*, ch. 3, art. 2, § 5 *in fine*.

[6] *Junge* Ferrières sur Paris, art. 324. Auroux sur

Bourbonnais, art. 109. Bechet, Usage de Saintonge,
art. 62. Brillon, *de Donation*, n. 133.

[7] Voy. *supra*, n. 1836, ce que nous disons du légat-
aire universel, pleinement assimilé dans l'ancien droit
contumier au donataire universel.

comme personnellement engagé celui qui en est cause. S'il y a négligence et oubli de la part du donataire, ce ne sont pas les créanciers qui en doivent souffrir; s'il y a mauvaise foi, ils doivent encore moins être victimes. Le donataire devra donc prendre la précaution de ne s'immiscer dans les biens donnés que lorsqu'il aura séparé par un inventaire sa cause personnelle de celle de ces biens, et nous voyons que dans l'espèce jugée par l'arrêt de la cour de cassation du 29 juillet 1820 et rapporté tout à l'heure, le donataire qui, après son immixtion, faisait abandon aux créanciers des biens donnés, avait fait un inventaire à la mort du donateur [1].

2423. Mais, quelle que soit la force de cette présomption, nous ne dirons pas (comme Ferrières dans l'ancien droit), qu'elle est *juris et de jure*. Elle n'est écrite dans aucune loi; elle n'a que l'autorité de la raison et de la plus haute vraisemblance. Mais on conçoit qu'il y a des cas où elle peut céder à des preuves contraires, et rien ne défend au juge de les admettre.

Le donataire qui n'a pas fait dresser d'inventaire est assez puni par l'obligation où il est de détruire la présomption qui milite contre lui; d'un autre côté, la condition des créanciers est suffisamment garantie par le droit qu'ils ont d'attendre, sous l'égide d'une présomption favorable, le résultat d'une preuve contraire difficile. Mais on ne saurait aller jusqu'à interdire au donataire de réparer le défaut d'inventaire par une démonstration ultérieure de la vérité. S'il parvient à établir jusqu'à l'évidence qu'il n'a recueilli qu'un actif inférieur au passif réclamé, serait-il équitable de le contraindre à payer l'intégralité des dettes? De quelle cause légale viendrait ce bénéfice pour les créanciers [2]? Supposons qu'il produise des notes du défunt établissant l'importance de son mobilier et qu'il montre par des titres l'origine des biens immeubles et leur nombre précis : pourquoi ne tiendrait-on pas cette preuve pour aussi décisive que l'inventaire? Seulement, l'inventaire aurait dispensé le donataire de se livrer à des recherches embarrassantes. Mais cette obligation dans laquelle il s'est mis sera sa peine, et il en supportera les frais, ainsi que nous l'avons vu décider par l'arrêt du parlement de Grenoble du 27 août 1661 [3].

2424. En résumé donc, le donataire universel qui n'a pas fait inventaire doit être coo-

damné même *ultra vires* à toutes les dettes du défunt, et il ne peut être admis à abandonner aux créanciers les biens donnés, à moins qu'il ne prouve par des preuves bonnes et loyales que la consistance des biens laissés par ce dernier était inférieure à ces dettes.

C'est ce qui me paraît résulter d'un arrêt de la cour de Limoges du 28 juillet 1817, tronqué par les arrétistes et que je rapporte tout au long au n° 2427, après en avoir relevé copie au greffe de la cour de cassation [4]. Un sieur Ribière, donataire à titre universel par préciput de son père, s'était mis en possession, sans inventaire, de tous les effets, titres et biens composant la succession du défunt. Sa sœur, ayant renoncé à cette succession pour s'en tenir à un don de 18,000 francs que son père lui avait fait à titre de constitution de dot, actionna le sieur Ribière en paiement de cette somme. Malgré la résistance de ce dernier, la cour de Limoges le condamna à acquitter cette dette paternelle. Ce qu'il y a de remarquable à notre point de vue dans cette décision, c'est que, tout en prenant en considération le défaut d'inventaire et l'appréhension de tout l'actif de la succession, la cour déclare cependant dans un motif que cette circonstance n'est pas suffisante à elle seule pour rendre Ribière indéfiniment et définitivement débiteur de la totalité de la dot, et qu'il peut à ses frais recomposer la masse des biens, pour prouver ensuite que la masse des biens dépasse les limites de la portion disponible. Sur le pourvoi, la requête a été rejetée par arrêt du 12 novembre 1818 [5].

2425. Reste à savoir quelles espèces de preuves pourront être produites par le donataire en faute qui veut suppléer à l'inventaire. Sera-t-il admis à faire entendre des témoins et à recourir à la commune renommée? On peut en douter : le donataire aurait pu, en faisant dresser un inventaire, se procurer une preuve écrite du fait qu'il a intérêt à démontrer. Or, d'après l'art. 1341 du Code Napoléon, combiné avec l'article 1548, quand on a pu se procurer une preuve écrite d'un fait présentant un intérêt supérieur à 150 fr., on ne peut pas faire entendre de témoins. Ce qui est fondé sur cette donnée générale et applicable à toute espèce de matière, à savoir que la preuve testimoniale est pleine de dangers et d'incertitude. Or, est-il juste que la faute du donataire lui attribue le droit et la liberté d'enlacer les tiers de bonne

[1] Voy. les motifs du jugement de première instance. (Devill., 6, 1, 191.)

[2] Comparez Zachariae, n° 640, n° 25; § 638, n° 25.

[3] Supra, n° 2415.

[4] Il y a eu pourvoi et rejet.

[5] Devill., 5, 1, 545. *Journ. du Palais*, t. XIV, p. 1061. Dalloz, *no Disposit. entre-vifs*, t. VI, p. 221. La notice est très-incomplète dans les recueils.

foi dans un genre de preuve plus périlleux que tous les autres pour leur intérêt ?

Le donataire ne devra donc s'appuyer que sur des écrits, des titres, des aveux et autres moyens qui n'ont pas l'incertitude de la preuve testimoniale [1].

2426. Quand le donataire de biens à venir n'est gratifié que d'une quote-part des biens laissés par le donateur, il n'est soumis au passif que dans la proportion de ce qu'il prend dans l'actif, c'est-à-dire pour sa part et portion [2]. Les dettes sont une charge de l'universalité des biens. Une fraction de cette universalité est grevée d'une fraction correspondante des dettes. Il est juste que tous ceux qui se partagent l'actif d'une personne contribuent proportionnellement à étendre le passif.

« L'institution et la donation de tous biens « présents et à venir, dit Ricard [3], doivent « être sujettes aux mêmes règles. Cette résolu- « tion doit aussi avoir lieu à proportion, quand « l'institution ou la donation de biens présents « et à venir sont faites *per modum quote*, les « charges devant être proportionnées à l'émo- « lument. »

Pothier est du même sentiment [4] : « Les « légataires et donataires universels d'une quo- « tité de biens, comme de la moitié, du tiers, « du quart, sont tenus des dettes, pour la même « part. Si la part dont ils sont donataires ou « légataires était réduite à une moindre partie, « la part qu'ils doivent porter des dettes serait « pareillement réduite à une semblable part. »

Tels sont les vrais principes; nous nous serions borné à les exposer plutôt qu'à les prouver, si, sous le Code Napoléon, on n'avait élevé devant les tribunaux une prétention contraire. On a soutenu en effet que le donataire d'une quote, quoique n'ayant pas tout l'émolument de la succession, n'en devait pas moins payer toutes les dettes du donateur. On s'est appuyé sur le texte même de l'art. 1085, lequel soumet le donataire de biens présents et à venir qui accepte, au paiement de toutes les dettes et charges de la succession, et, pour colorer cette énormité ruineuse pour le donataire universel partiel, on a avancé qu'une telle charge n'était qu'une punition de la négligence du donataire qui n'a pas fait dresser un état des dettes. Mais on ne peut rien entendre qui blesse davantage

les règles du bon sens et l'esprit de la loi [5].

D'abord, il est possible qu'il y ait un état des dettes et que néanmoins le donataire, au lieu de diviser la donation, l'accepte pour le tout. Or, l'art. 1085 est aussi bien fait pour ce cas que pour celui où le défunt d'état des dettes interdit la division au donataire, et le soumet à la totalité des dettes. Que devient alors l'argument sur lequel on se fonde? est-ce que l'article 1085 aura deux sens, l'un relatif au donataire qui peut diviser et ne divise pas; l'autre relatif au donataire qui, faute d'état des dettes, ne peut diviser?

Mais il y a plus, et l'on ne fait pas attention qu'en voulant punir le donataire parce qu'il n'a pas fait d'état des dettes, on le rend responsable d'un fait qui n'est pas le sien. Car c'est du donateur et non de lui qu'il dépend de dresser cet état; et il a même été jugé par arrêt du parlement de Toulouse du 17 juin 1672 que le donataire n'a pas d'action contre le donateur pour l'obliger à dresser l'état des valeurs données [6].

La loi n'a donc pas entendu dire ce qu'on veut arracher de la généralité de ses expressions. Elle signifie tout simplement que le donataire qui accepte la donation pour le tout, doit contribuer au paiement de toutes les dettes, sans distinction de celles antérieures et de celles postérieures à la donation.

Cette interprétation du mot *vœux* est confirmée par le rapprochement de notre article avec l'article 17 de l'ordonnance ainsi conçu : « Il « sera au choix du donataire de prendre les « biens tels qu'ils se trouveront au jour du dé- « cès du donateur, en payant *vœux* les dettes « et charges, même celles qui seraient posté- « rieures à la donation, etc. » Mais il n'y doit contribuer que pour sa part et portion. Quel motif le législateur aurait-il *à priori* de traiter si injustement le donataire et d'être favorable à ceux, quels qu'ils soient, qui recueillent le reste du patrimoine, tels que des légataires, des héritiers non réservataires, des successeurs irréguliers? Et si la succession est répartie entre plusieurs donataires de biens à venir, est-ce qu'ils seront tenus des dettes chacun pour le tout, sauf recours?

2427. On eût pourtant comme ayant consacré une doctrine si étrange, un arrêt de la cour

[1] Zachariae, § 638, note 25.

[2] Arg. de l'art. 1012, C. Nép.

[3] *Donat.*, part. 1, ch. 4, sect. 2, dist. 3, n° 1065.

[4] *Successt.*, ch. 5, art. 3, § 4.

[5] Consulter les arrêts qui suivent : Paris, 15 novembre 1811 (Devill., 5, 2, 377. *Journal du Palais*, t. IX, p. 700). Toulouse, 26 novembre 1816 (Devill.,

8, 2, 291. *Journal du Palais*, t. XX, p. 961). Nîmes, 12 juin 1832 (Devill., 32, 2, 321. *Journal du Palais*, t. XXIV, p. 1138). Limoges, 16 décembre 1835 (Devill., 36, 2, 92. *Journal du Palais*, t. XXVII, p. 99).

[6] Brodeau sur Louet, lettre D, somm. 34. *Supra*, n° 2399.

de Limoges du 28 juillet 1817 contre lequel un pourvoi a été formé sans succès.

Voici l'espèce et les motifs de l'arrêt de Limoges, non tels qu'ils sont donnés dans des notices fautives et incomplètes, mais dans les archives de la cour de cassation [1].

En 1806, le sieur Ribière et sa sœur ont été mariés l'un à la demoiselle Arzilier, l'autre au sieur Arzilier. Les conventions matrimoniales ont été réglées par le même contrat et comme conditions les unes des autres. Le père commence par faire à son fils une donation universelle par préciput du quart de ses biens présents et à venir; l'état des dettes actuelles ne fut pas annexé. Puis, le père constitue à sa fille qui allait épouser le sieur Arzilier, une dot de 18,000 fr. en avancement d'hoirie. Ribière père fit de mauvaises affaires. A sa mort, la dame Arzilier (demoiselle Ribière) renonce à sa succession, pour s'en tenir à son don de 18,000 francs, et comme le sieur Ribière, son frère, s'était emparé de tous les biens, meubles et immeubles, existants dans la succession du père commun, elle s'adressa à lui pour obtenir, quoiqu'il y eût un autre frère, la totalité de sa dot de 18,000 fr.

On devine la réponse de Ribière : d'abord, disait-il, la dot que le père avait promise à sa fille était-elle une charge que dût supporter le fils donataire universel pour un quart ? En effet, celui qui a donné ses biens présents et à venir ne peut plus faire de libéralité au préjudice du donataire; il ne peut pas donner; il ne peut pas davantage s'obliger gratuitement. Le donataire n'est pas forcé d'exécuter les charges qui ont pour cause une libéralité.

En second lieu, continuait Ribière, je ne suis donataire que d'un quart; je ne suis donc tenu de la dette, si elle existe, que pour un quart. Car une clause précise de la donation porte que, donataire universel d'un quart, je ne dois supporter qu'une pareille quotité des dettes.

Dans tous les cas, la dot de 18,000 fr. dépasse les limites de la quotité disponible; elle doit être réduite. C'est à tort, à tous les points de vue, que la dame Arzilier m'a poursuivi pour la totalité de sa prétendue créance.

Là-dessus est intervenu, de la part de la cour de Limoges, l'arrêt suivant à la date du 28 juillet 1817 :

« Considérant qu'aux termes de l'art. 1081 du Code, la donation de biens présents et à venir, en tout ou en partie, doit être assortie et accompagnée d'un état des dettes et char-

« ges du donateur, existantes au jour de la donation; qu'aux termes de l'art. 1085, à défaut d'annexe de cet état, le donataire ne peut est tenu du paiement de toutes les dettes et charges de la succession;

« Que les dispositions de ces deux articles étaient évidemment applicables à l'espèce de la donation précipitaire faite en faveur du sieur Jean Ribière du quart de tous les biens présents et à venir du donateur, sans annexe de l'état des dettes et charges existantes au moment où elle eut lieu; que d'un autre côté la dot constituée par le même contrat à Marguerite Ribière, épouse Arzilier, par le père commun, était évidemment une dette ou charge de la succession au moment de son ouverture, quoiqu'elle eût été constituée par une clause postérieure à celle de la donation précipitaire, puisque cette constitution était toujours antérieure à l'ouverture de la succession; qu'enfin Jean Ribière pouvait d'autant moins prétendre cause d'ignorance à cet égard, que cette constitution était établie par le même contrat, dans lequel la donation précipitaire lui avait été faite, et pouvait, jusqu'à un certain point, être considérée comme une condition ou du moins une cause de cette donation; que Jean Ribière, réclamant en sa faveur l'effet de cette donation, ne pouvait sous aucun rapport être dispensé du paiement de la dot constituée à sa sœur, quand même il devrait en résulter que l'objet de cette donation fût ébréché ou même absorbé par ce paiement, de l'obligation duquel elle avait été irrévocablement grevée au moment où elle fut faite par la force seule de la loi, à moins qu'il n'eût préféré la répudier pour le tout, ce qu'il n'avait pas fait; qu'il a dès lors été mal jugé par le jugement dont est appel, en arrêtant les poursuites dirigées par les époux Arzilier contre Jean Ribière pour parvenir au paiement des sommes restées dues pour cette constitution dotale;

« Qu'il a été d'autant plus mal jugé, que Jean Ribière s'étant emparé, au décès du père commun, de l'intégralité de sa succession mobilière, sans en établir ou faire établir la consistance, cette circonstance venait fortement à l'appui du motif décisif puisé dans les articles 1084 et 1085 du Code civil; qu'effectivement et quoique cette circonstance ne fut pas suffisante pour l'obliger indéfiniment au paiement des dettes et charges de cette succession, puisque la loi ne prononce point formellement cette peine audit cas, comme dans celui du défaut d'annexe de l'état des dettes et charges au jour de la donation, il serait souverainement injuste qu'après s'être mis, sans compte

[1] Cassat., req., 12 novembre 1818 (Devill., 5, 4, 515; Journal du Palais, 14, 1061. Supra, n° 2624).

« ni mesure, en possession de l'intégralité de la succession mobilière de son père, après s'être emparé de tous ses titres, après avoir perdu tout l'actif, il fut en droit de faire épuiser à sa sœur renonçante pour s'en tenir à sa dot, toutes les difficultés qu'entraînerait nécessairement la composition de la succession, à défaut d'inventaire, pour parvenir à faire fixer la portion quelconque qui serait dans le cas de lui revenir dans ladite succession ;

« Qu'il est vrai que le même inconvénient aurait lieu à l'égard de Jean Ribière, dans le cas où, ne trouvant pas dans le surplus de la succession, après le paiement intégral de la dot de sa sœur, de quoi le remplir de sa portion légitimaire, il voudrait, comme il en a le droit, aux termes des art. 920 et suivants du Code civil, demander la réduction ou le retranchement de cette dot jusqu'à concurrence nécessaire pour le remplir de cette portion légitimaire ;

« Mais qu'il ne pourrait alors s'imputer qu'à lui-même et à la négligence qu'il aurait mise à établir la consistance de la succession, la nécessité où il serait de faire régler à ses frais et avances, contradictoirement avec sa sœur, la composition de cette succession, lors de laquelle celle-ci devrait encore être admise à prouver les omissions qui pourraient se trouver dans l'état que ledit Ribière serait dans le cas de fournir pour parvenir à cette composition, en attendant laquelle il serait également de toute justice que sa sœur conservât sa dot dans toute son intégralité ou se fit payer de ce qui resterait dû ;

« Qu'il y a donc lieu, sous tous les rapports, de réformer la décision des premiers juges, et toulissant les inhibitions maintenues par cette décision, à condamner Jean Ribière, sauf son droit, dans le cas prévu et de la manière indiquée, de venir en réduction ou retranchement de cette dot jusqu'à concurrence de sa portion légitimaire dans la réserve..., etc. »

Il faut s'arrêter un instant ici pour préciser la portée de cette décision.

L'arrêt lie l'avancement d'hoirie à la donation de biens présents et à venir ; il en fait une condition par laquelle le donateur a voulu obliger le donataire d'une manière directe et expresse. Puis il constate que Ribière a tout envahi dans la succession, qu'il a pris les biens, les meubles, les titres ; qu'il n'a rien décrit ni inventorié ; de

là il conclut que, puisque tout l'actif est entre ses mains, il doit supporter tout le passif. C'est sa faute, s'il en est ainsi : il s'est mis dans cette situation par son fait. Seulement une réserve est faite en sa faveur pour prouver qu'en égard aux forces réelles de la succession, telles qu'il pourra les constater, l'avancement d'hoirie dépasse les limites de la portion disponible.

Voilà le sens de l'arrêt : et il est clair qu'il est fort éloigné de la pensée qu'on lui attribue. Il ne fait que décider une chose fort simple, à savoir, que celui qui détient tout l'actif doit payer tout le passif. Aussi le pourvoi a-t-il été rejeté sans difficulté par la chambre des requêtes. Le demandeur n'avait réussi à lui donner une couleur qu'en le faisant porter sur des points autres que ceux qui avaient déterminé l'arrêt de la cour d'appel.

On cessera donc d'argumenter de ces décisions pour élever l'autorité d'une règle qui est trop dans la nature des choses et dans la justice, pour ne pas triompher des méprises dont l'environnement quelquefois des esprits distraits.

2428. Nous venons de voir bien des points par lesquels le donataire universel des biens présents et à venir se rapproche ou s'éloigne de la condition du légataire.

Touchons à un autre point de contact, et voyons si le donataire de biens présents et à venir a le droit de se mettre de sa propre autorité en possession des biens du donateur, ou bien s'il doit demander la délivrance aux héritiers du donateur ?

Pour prendre cette question dans ce qu'elle a de plus vif, nous supposons que le donataire est étranger et qu'il se trouve en présence d'un héritier à réserve.

Dans l'ancien droit, il est certain que le donataire de biens présents et à venir était saisi de plein droit, à l'instar de l'héritier contractuel auquel on l'assimilait sur ce point d'une manière complète. La coutume de Bourbonnais est formelle : « Donations, conventions, institutions d'héritiers et autres choses faites en contrat de mariage, sont bonnes et valables... posé aussi que lesdites donations soient faites à personnes étrangères, bâtards ou autres ; et saisissent telles dispositions, les cas advenus [1]. » On peut y joindre celles d'Auvergne [2] et de Nivernais [3].

Quelle était la raison de ce point de droit ? La même que celle qui avait porté à donner la saisine à l'institution contractuelle [4]. Elle était

[1] Art. 219.

[2] Ch. 14, art. 26.

[3] Tit. 27, art. 12.

[4] *Supra*, n° 2366.

prise du lien formé par le contrat, de l'irrévocabilité du titre [1].

Sous le Code Napoléon, nous avons de plus le grand principe d'après lequel les conventions suffisent à transférer la propriété sans tradition, ainsi que nous l'avons dit en parlant de l'institué contractuel [2]. La volonté qui suffisait dans l'ancien droit est encore plus puissante sous le Code Napoléon, et elle doit produire des effets non moins énergiques. Il ne sort de rien de comparer le donataire universel au légataire universel. La comparaison est fautive par des motifs qui sautent aux yeux. Au moment du décès et lorsque le légataire universel devient propriétaire, il trouve l'héritier réservataire investi et saisi par la toute-puissance de la loi. Il faut donc que, par une demande en délivrance, il fasse passer la saisine de l'héritier à lui. Au contraire, dans le cas de donation, le donateur s'engage irrévocablement envers le donataire à un moment où l'héritier n'a (en ce qui concerne le disponible) rien d'acquis, et le droit du donataire précède celui de l'héritier. Il n'a donc pas à demander à ce dernier quelque chose que le contrat l'a empêché d'avoir et que ce même contrat a donné au donataire.

2429. Du reste, la jurisprudence laisse peu de doute sur ce point, au moins par les doctrines qui sont établies dans ses décisions. Étudions l'espèce suivante : nous disons tout de suite qu'elle n'est pas rendue dans le cas d'un concours du donataire universel avec un héritier à réserve. C'était avec un héritier non réservataire que le donataire universel disputait sur la saisine; mais l'on verra que les raisons de décider sont prises dans un ordre d'idées qui embrasse toutes les hypothèses.

Le 29 novembre 1817, le comte Colaud fit à sa femme par acte notarié une donation de l'usufruit de tous les biens meubles et immeubles qui lui appartiendraient au jour de son décès.

Le sieur Colaud décède en 1819. Sa veuve se met en possession de tous les biens frappés de son usufruit.

Le sieur Mondet, héritier du sang, en 1830, prétend que la veuve était dans la position d'un légataire universel et non d'un donataire entre-vifs, qu'elle aurait dû se faire consentir la délivrance et qu'elle doit restituer tous les fruits perçus. Pour bien préciser l'état de la question, on notera qu'à la vérité il s'agit, dans l'espèce actuelle, d'une donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage; mais il n'échappera à personne que la question est exacte-

ment la même que si la donation avait été faite par contrat de mariage; il y a plus, et si on reconnaît qu'il faut accorder la saisine, dans le cas de donation entre mari et femme faite *constante matrimonio*, alors que le titre du donataire est révocable par sa nature, il en résulte un argument *à fortiori* en faveur du donataire par contrat de mariage dont le titre est irrévocable.

Ceci posé, revenons aux faits du procès.

Le 27 février 1833, le tribunal de la Seine déboute l'héritier de sa demande,

« Attendu que les donations universelles dont
« il s'agit, étant soumises, comme les autres
« donations entre-vifs, à la forme des contrats
« en général, en produisent les effets, qui sont,
« d'après le principe consacré par les art. 938,
« 1138 et 1583, de transférer la propriété au
« moment même où le consentement des parties
« est donné, et sans qu'il soit besoin de
« tradition... que si par les donations de biens
« à venir faites aux époux on ne leur transfère
« pas la propriété d'un objet corporel, on leur
« donne au moins un droit de succession; que
« cette manière de disposer, qualifiée institution
« contractuelle par les anciennes coutumes,
« était considérée comme la cession gratuite de
« tout ou partie de la succession, et donnait la
« saisine; et qui dispensait de la délivrance...
« que d'après l'article 1093 les donations de
« biens à venir, faites entre époux par contrat
« de mariage, sont soumises aux mêmes règles
« que celles qui leur sont faites dans le contrat
« par des tiers... que les époux durant le mariage
« pouvant se faire des donations de biens
« à venir, ces donations doivent avoir les mêmes
« caractères et produire les mêmes effets que
« celles de semblable nature insérées dans le
« contrat de mariage, etc., etc., etc. »

Sur l'appel, arrêt de la cour de Paris du 20 août 1834, qui confirme, « considérant que
« les dispositions faites aux époux aux termes
« de l'article 1096, Code civil, constituent une
« véritable donation entre-vifs opérant saisine,
« et non un legs sujet à la nécessité d'une demande en délivrance. »

Devant la cour de cassation, sur les conclusions de M. Nicod, avocat général, arrêt de la chambre des requêtes du 5 avril 1836 [3] qui rejette le pourvoi, « attendu que la loi n'admet que
« deux manières de disposer à titre gratuit de
« ses biens, par testament et par donation. et
« que ces deux modes sont régis par des règles
« spéciales et différentes; que si le testament

[1] Lebrun, *Succes*, liv. 3, ch. 1, n° 23.

[2] *Suprà*, n° 2366.

[3] Devill., 37, 1, 35. *Journal du Palais*, 27, 1226.

« est la loi dictée par le testateur, la donation
« est un contrat qui intervient entre le dona-
« teur et le donataire;

« Attendu que la donation faite entre époux
« durant le mariage diffère à la vérité de la
« donation ordinaire entre-vifs en ce sens qu'elle
« peut toujours être révoquée par la seule vo-
« lonté du donateur; mais que ce contrat n'en
« saisit pas moins le donataire d'un droit qui
« remonte nécessairement, quant à son exercice
« et à ses effets, à la date de l'acte qui le ren-
« ferme, lorsque l'époux donateur décède sans
« l'avoir révoqué; qu'ainsi l'époux survivant
« n'est pas obligé de demander la délivrance de
« l'objet compris dans la donation (1)... »

2430. Puisque le donataire universel a une saisine de droit, une saisine conventionnelle, qui le dispense de la demande en délivrance, il s'ensuit qu'il fait les fruits siens dès l'instant du décès, et qu'on ne saurait lui appliquer l'article 1003 du Code Napoléon qui règle la situation du légataire universel à l'égard du réservataire.

De plus, les créanciers du défunt ont le droit de l'actionner directement pour les dettes dont il est tenu, et il doit répondre à leur action. Seulement, s'il croit avoir besoin de temps pour prendre qualité, il peut obtenir un délai raisonnable. Ce délai passé, il faut qu'il accepte ou répudie. Revêtu d'une qualité que lui imprime le contrat *ab origine*, et dont les créanciers ont le droit de se prévaloir, il ne saurait laisser indéfiniment en suspens le règlement définitif d'une situation qui touche aux plus pressants intérêts de la succession et des tiers.

2431. Arrivons maintenant à la question de savoir si le donataire universel peut, avant la mort du donateur, renoncer à la donation ou contracter sur les choses donuées.

Cette question est voisine de celle que nous avons agitée dans les mêmes termes, à l'égard de l'héritier contractuel (2). Elle se résout par les mêmes considérations.

Une renonciation que le donataire ferait avant la mort du donateur ne serait point valable, même quand elle serait faite dans un contrat de mariage au profit d'une personne à laquelle il

voudrait transmettre son droit. Car ce serait moins une disposition de sa propre succession, qu'une disposition de la succession du donateur originaire encore vivant. Or, l'article 791 est formel sur ce point, et il ne veut pas que le contrat de mariage lui-même, malgré sa faveur, serve de moyen à de tels pactes. Il est vrai que le donataire n'est pas en tout semblable à un héritier contractuel, ni même à un légataire. Mais comme il recueille après la mort d'une personne tout ou partie des biens composant la succession de cette personne, il est logique de lui appliquer la prohibition portée par la loi contre les pactes sur les successions futures; s'il pouvait renoncer, il pourrait disposer du bénéfice que cette donation lui promet. La porte serait ouverte à toutes ces conventions qui renferment le *voluntum mortis*, qui offrent le spectacle immoral du partage anticipé du patrimoine d'une tierce personne vivante (3).

Il existe en sens contraire un arrêt de la cour de Grenoble du 16 mars 1890 (4) rendu sur des faits antérieurs à la promulgation du Code Napoléon. Mais cette décision ne nous paraît pas suffisante pour modifier notre sentiment, que nous pouvons autoriser, du reste, d'un arrêt de la cour de Riom du 30 avril 1811 (5), portant que, « la donation des biens présents et à venir » n'étant divisible qu'à la mort du donateur, « toute renonciation antérieure est nulle et « comme non avenue. »

2432. Après avoir examiné le cas de renonciation, il faut toucher celui de variation et se demander si le donataire de biens présents et à venir peut, après avoir accepté au décès du donateur les biens à venir, varier dans sa résolution, les répudier ensuite et s'en tenir aux biens présents pour se décharger de dettes qui se déconvent. Sans doute il peut faire abandon de tous les biens, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, même après qu'il s'est immiscé. Mais ce n'est plus là-dessus que porte notre difficulté : il s'agit de savoir si, ayant opté pour ne pas diviser la donation, il peut se repentir et revenir à la division qu'il a repoussée en connaissance de cause.

(1) En ce sens voyez l'opinion de Rigaud, *Revue etc.*, t. IX, p. 995. « Quoique les donations faites par contrat de mariage ne produisent d'effet réel qu'au moment du décès du donateur, le donataire est néanmoins saisi irrévocablement, dès le moment de la donation, du droit de prendre, lors du décès du donateur, les biens qui lui ont été donnés. Ainsi l'époux donataire n'est pas tenu de demander aux héritiers de l'époux donateur la délivrance des biens dont ou lui a fait donation par contrat de mariage. » Voy. aussi Chabot sur l'article 794, C. Nap., n° 13, et Zacharie, § 739, note 66, t. V, p. 340.

(2) *Supra*, n° 2355.

(3) Voyez aussi *infra*, n° 2346 et suiv. Nous revenons là-dessus avec plus de développements.

(4) Devill., 6, 2, 230.

(5) Devill., 3, 2, 484. *Journal du Palais*, 9, 291. Dans la notice du *Journal du Palais* la libéralité est appelée donation de biens présents et à venir. Dans la collection de Devilleneuve elle est appelée institution contractuelle. Les énonciations de l'arrêt prouvent que c'est le *Journal du Palais* qui est dans la vrai.

Voy. plus bas, n° 2346, des décisions qui ont de l'analogie avec ce point.

La négative est incontestable : « *Mutare voluntatem cum non possit*, dit la loi 20, D., de optione vel elect. leg., ut alia sumeret, quia omne jus legati, prima testatione, qua sumeret se dixisset, consumpsit. » Et c'est ce qu'en-seigne expressément Brodeau sur le fondement d'un arrêt du 2 janvier 1637 [1] ; tel est aussi l'avis de Lebrun [2] : « D'abord, quand le donataire a accepté les biens à venir, quand il a exécuté la donation indistinctement depuis le décès, il ne peut plus se repentir et songer à la séparation. Cette fin de non-recevoir est fondée sur l'arrêt du 2 janvier 1637. »

Citons enfin Furgole [3] : « A tout cela il faut ajouter que dès aussitôt que le donataire a fait l'option, il ne lui est plus permis de se rétracter et de varier, parce que la faculté de choisir est consommée par le premier choix... mais afin que ce choix soit irrévocable, il faut qu'il ait été fait après la mort du donateur. »

Et Pothier [4] met le sceau de son excellent esprit à cette unanimité des auteurs : « Mais le donataire ayant fait ce choix après la mort du donateur soit expressément, soit tacitement, *puta* en partageant des biens acquis depuis la donation, il ne peut plus varier. »

Il ne saurait en être autrement sous le Code Napoléon qui, plus encore que l'ancien droit, tient à ce que la propriété soit bien assise et que de fâcheuses incertitudes ne planent pas sur des droits qui intéressent les tiers.

2433. On trouve néanmoins un arrêt contraire de la cour de Grenoble du 28 juin 1825 [5].

Benoît Poncet a fait, en 1789, une donation de la moitié de tous ses biens présents et à venir à son fils Claude Poncet dans le contrat de mariage de ce dernier.

Benoît Poncet meurt ; les enfants de Claude Poncet prédécédé, venant *jure suo*, ont demandé en 1815 contre les autres fils de Benoît Poncet leurs oncles, et en qualité de donataires, le partage de la succession commune. Le partage a été fait à l'amiable le 24 sept. 1815, il a porté sur toutes les valeurs de la succession et sur les biens présents et à venir.

Le 2 février 1820, les enfants de Claude Poncet ont fait au greffe une renonciation aux biens à venir compris dans la donation de 1789, pour s'en tenir aux biens présents et scinder la donation. Les autres fils Poncet ont soutenu la nullité de cette renonciation. Il y avait à cette division une objection capitale qui ne manqua pas d'être faite aux enfants de Claude Poncet : c'est

que, par le partage de 1815, ils avaient accepté la donation pour le tout et qu'ils n'étaient plus recevables à la scinder.

Néanmoins la cour de Grenoble, saisie de la question, crut pouvoir se décider dans le sens de la division. « attendu que, d'après l'art. 17 de l'ordonnance du mois de février 1751 qui fait la loi des parties, les donations, en contrat de mariage, pouvaient comprendre tant les biens à venir que les biens présents, et qu'il était au choix du donataire de prendre les biens tels qu'ils se trouvaient au jour du décès du donateur, en payant toutes les dettes, même celles postérieures à la donation, ou bien de s'en tenir aux biens qui existaient dans le temps qu'elle avait été faite, en payant seulement les dettes et charges existantes au dit temps ; — que l'art. 36 de la même loi confirme cette disposition et porte que, dans tous les cas, le donataire peut renoncer si bon lui semble à la donation ; que la loi de 1751 a toujours été entendue en ce sens qu'une libéralité à titre gratuit ne peut, dans aucun cas, devenir onéreuse, et que le donataire, ne pouvant pas être grevé au delà des forces des biens, doit, en tout état de cause, être admis à répudier ; que la question a toujours été jugée ainsi, même avant l'ordonnance de 1751 ; que Furgole, t. 6, quest. 8, cite un arrêt du parlement de Toulouse du 10 sept. 1733, qui a décidé que, quoique le donataire se fût soumis expressément à certaines charges en faveur du donateur ou des créanciers, il devait néanmoins être admis à répudier ; que la nouvelle jurisprudence est conforme à l'ancienne sur ce point, et qu'un arrêt de la cour de cassation a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la cour de Paris du 25 février 1819 qui avait décidé que le donataire universel, même après avoir accepté et recueilli la donation, pouvait en tout temps s'en dessaisir, en restituant les biens donnés et tout ce qu'il avait perçu ; — que tous les droits et actions résultant de l'hérédité de Claude Poncet ont passé sur la tête de ses héritiers, et que ces derniers peuvent, par conséquent, répudier la donation des biens à venir faite par Benoît Poncet, ainsi que l'aurait pu faire Claude Poncet lui-même..., etc. »

Cet arrêt ne peut s'expliquer que par les idées qu'on avait dans les pays de droit écrit sur la donation universelle, contenant, d'après les auteurs et la jurisprudence, deux donations

[1] Sur Louet, lettre D, somm. 69, n° 4. Supra, n° 2388.

[2] Successions, liv. 1, ch. 2, sect. 2, n° 32.

[3] Sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1751.

[4] Conf. d'Orléans, tit. 13, lre., § 3, n° 26.

[5] Devill., 7, 2, 234. Journal du Palais, 17, 1230.

diverses [1]. Dans ce système on peut concevoir à la rigueur que l'acceptation de la donation de biens présents laisse intacts tous les droits relatifs à la donation à venir, qui en est distincte; de sorte qu'après avoir accepté d'abord cette donation, on puisse la répudier séparément de la donation des biens présents, dont elle se distingue. On a vu cependant tout à l'heure que Furgole, quoique partisan de la distinction des deux donations, n'en pousse pas les conséquences aussi loin que la cour de Grenoble.

2434. On vient de voir se dessiner les caractères dominants de la donation universelle et les effets juridiques dont elle est environnée. On est maintenant en mesure de se prononcer sur l'analogie de la donation universelle et de l'institution contractuelle, analogie qui opère sur bien des points des rapprochements considérables, mais qui laisse subsister, sous d'autres côtés, des différences graves. Il y a des auteurs qui tantôt les ont trop assimilées, tantôt les ont trop séparées. D'Aguesseau disait même qu'une donation universelle dans un contrat de mariage n'est, à parler correctement, qu'une institution contractuelle [2]; ce qui est aller trop loin. Le fait est que ce sont deux libéralités distinctes par leur essence, mais très-souvent voisines dans leurs conséquences [3]. L'institution contractuelle fait un héritier; la donation fait un donataire. La première ne se réfère qu'à la mort et aux seuls biens que le disposant laissera à son décès; la seconde renferme un élément présent, et elle peut, par une option faite au décès, se renfermer dans les biens présents et remonter jusqu'au jour du contrat.

L'institué contractuel, étant héritier de la masse seule laissée au décès, ne peut diviser l'institution, et on lui applique la règle : *Semel haeres, semper haeres*. Le donataire de biens présents et à venir peut au contraire diviser la donation qui se compose de deux natures de biens, et préférer les biens présents aux biens à venir. L'institué contractuel est tenu des dettes personnellement et *ultra vires*. Le donataire n'est tenu qu'à cause de la chose, *ob rem*. L'un ne peut répudier après avoir accepté; l'autre, après s'être immiscé, peut abandonner aux créanciers l'actif entier de la donation et par là se décharger des dettes.

Sous tous les autres rapports, l'institution contractuelle et la donation universelle fraternisent et se confondent pour ainsi dire, et bien des questions qui touchent à l'une se résol-

vent par les principes qui gouvernent l'autre.

2435. Au reste, on ne confondra pas avec la donation cumulative de biens présents et à venir dont s'occupent les art. 1084 et 1085, une donation qui contiendrait deux donations séparées, l'une de biens présents autorisée par l'article 1081, l'autre de biens à venir. Ces deux sortes de dispositions peuvent évidemment se trouver juxtaposées dans un contrat de mariage. C'est à l'interprétation à voir si l'intention des parties a été d'en faire deux chefs distincts et indépendants, ou de les cumuler pour ne former qu'un tout [4]. Cette intention ne serait pas douteuse, si, par exemple, il résultait de l'acte que le donateur a voulu que le donataire fût, dès l'instant de la donation, propriétaire irrévocable des biens présents dont il se dessaisit en sa faveur; évidemment, il y a là autre chose que la donation universelle dont le Code Napoléon a donné les règles.

2436. On portera le même jugement d'une donation dans laquelle le donateur donnerait au futur époux l'immeuble A et l'immeuble B d'une manière précise, et lui donnerait ensuite ses biens à venir. La donation des deux immeubles devrait être considérée comme distincte de la donation des biens à venir. Elle produirait des effets actuels, elle saisirait le donataire et ne serait pas subordonnée à l'événement de la survie. La donation de biens à venir seule dépendrait de cette condition. La raison en est que la loi ne se préoccupe de la question de survie (art. 1089) que lorsque la donation embrasse une universalité (art. 1084-1085), une masse dans laquelle tout est cumulé afin de former, comme dit Lebrun, un revenant bon au jour du décès, à peu près comme dans le cas de succession; de sorte que, si le donataire ne vit plus à ce moment, la libéralité s'évanouit. Or, il n'y a rien de pareil dans la donation des deux domaines individualisés, et actuellement donnés à titre singulier.

2437. Par les mêmes raisons, le défaut d'état des dettes n'empêcherait pas le donataire de s'en tenir aux immeubles A et B. Car il en est déjà propriétaire dès avant le décès; il n'a pas besoin d'une option, laquelle suppose que les choses sont entières. Ici, elles ne le sont pas. L'acte a opéré par une vertu contemporaine de sa date, et la question de propriété a été tranchée *ab initio*.

2438. Au surplus, la donation de biens présents et à venir est susceptible de toutes les réso-

[1] *Supra*, n° 2389, 2390.

[2] *Infra*, n° 2456.

[3] *Supra*, n° 2416 et *passim*.

[4] Cassat., req., 30 janvier 1838 (Devill., 39, I, 443). Cassat., req., 18 mars 1835 (Devill., 35, I, 862). Voy. *infra*, n° 2443.

difications et déviations qui ne sont pas incompatibles avec les bonnes mœurs et l'ordre public. La volonté des parties est souveraine; elle peut se prêter à l'infinie variété des intérêts privés.

On demande à ce propos si un donateur pourrait valablement insérer, dans une donation de biens présents et à venir, la clause suivante : « Je veux qu'à mon décès, Pierre, donataire, ait la faculté ou d'accepter la donation pour le tout ou de s'en tenir aux immeubles A et B. » Cette clause peut avoir quelque utilité, afin que le donataire, s'en tenant aux biens donnés à titre particulier, soit dans une meilleure position par rapport aux dettes. Je n'y vois pas d'inconvénient. La donation éventuelle des immeubles A et B est une sorte de legs d'option sous forme d'institution contractuelle [1]. C'est comme si le donateur avait dit : « J'institue Pierre mon héritier dans les biens que je laisserai à mon décès, si mieux il n'aime se contenter des immeubles A et B que je lui laisse dans le cas où il les préférerait. » Nous disons que c'est là une institution contractuelle plutôt qu'une donation de biens présents et à venir. En effet, le donateur n'a pas donné tous les biens présents puisqu'il a ôté au donataire la faculté d'opter pour eux. Il n'a évidemment donné contractuellement, malgré sa formule, que ce qu'il laissera à son décès; ce qui est le caractère de l'institution contractuelle. Quant aux immeubles A et B, ce n'est pas autre chose que deux corps certains qui pourront être pris dans l'universalité après le décès; ils figurent là comme legs et non comme donation présente; aucun droit précis n'a été attribué sur eux avant le décès. Jusque-là, ils restent confondus dans la masse, et ils ne prennent un nom, une individualité, un caractère propre, que lorsque la succession est ouverte.

2439. Examinons, maintenant, qui peut faire la donation de biens présents et à venir, au profit de qui, dans quel acte et sous quelle forme elle peut être faite.

La donation de biens présents et à venir peut être faite par les mêmes personnes et dans la même forme que l'institution contractuelle.

Elle est valablement faite par toute personne capable de disposer à titre gratuit, parente ou non parente des futurs époux.

Il ne suffit pas qu'elle soit faite en faveur d'un mariage; il faut qu'elle soit faite dans le contrat

même ou dans les annexes qui règlent les intérêts pécuniaires des époux. Autrefois, une semblable donation pouvait être faite dans le contrat des fiançailles qui était sous ce rapport assimilé au contrat de mariage et qui recevait une ratification de la célébration subséquente du mariage [2]. Il n'en est plus ainsi de nos jours : il n'y a que le contrat de mariage et ses annexes, conformément aux art. 1306 et 1397 du Code Napoléon, qui puissent contenir une donation de biens présents et à venir [3].

2440. La donation se fait par un tiers aux futurs époux ou à l'un d'eux. Elle est de plus réputée faite aux enfants à naître du mariage, lesquels sont vulgairement substitués au donataire.

D'après l'ancien droit, elle pouvait se faire d'une manière directe et principale au profit des enfants à naître du mariage. On en trouve plusieurs exemples : ainsi le contrat de mariage passé entre le duc d'Orléans, depuis Henri II, et Catherine de Médicis, qui contenait une donation universelle faite par les époux au profit des enfants à naître de leur union [4].

Un contrat de mariage passé entre M^{me} de Launac, veuve du maréchal Saint-André, et messire Geoffroy, baron de Caumont, renfermait aussi une donation de tous biens présents et à venir au profit des enfants qui naîtraient dudit mariage [5].

Et cet usage était autorisé par l'ordonnance de 1731, qui, après avoir en général annulé la donation de biens présents et à venir, exceptait de cette disposition « les donations faites par « contrat de mariage en faveur des conjoints ou « de leurs descendants [6]. » Ce qui permettait de faire la donation d'une manière directe au profit des descendants [7].

Le Code Napoléon est moins large. Il ne permet pas les donations de biens à venir faites au profit des enfants à naître, quand il n'a pas été fait de donation principale au profit de l'un des époux. On a vu ci-dessus la disposition de l'article 1082 [8]. Cette disposition s'applique aux libéralités dont s'occupe l'art. 1081 [9].

En effet, la faveur dont le contrat de mariage est entouré n'a qu'un but; c'est d'encourager les mariages et de favoriser la fondation d'une famille nouvelle. Or, il est beaucoup plus important, pour que ce but soit atteint, que la libéralité s'adresse principalement aux époux

[1] *Suprà*, n° 2364.

[2] Cassat., req., 22 avril 1854 (Devill., 1854, 4, 235).

[3] Sur la transcription de la donation universelle, voyez *suprà*, n° 1169.

[4] Voy. Servin, liv. 2, plaid, 48.

[5] Voy. Bonguier, D., n° 8.

[6] Art. 17.

[7] *Suprà*, n° 2344.

[8] N° 2360.

[9] Duranton, t. IX, n° 729; Zachariæ, et ses annotations, § 744, note 7.

eux-mêmes. Une donation faite aux époux et subsidiairement à leurs enfants, aura plus d'influence sur la formation du mariage, qu'une espérance très-incertaine placée sur la tête d'enfants à naître. Une autre considération très-grave est qu'il vaut mieux pour le respect de la puissance paternelle, que les biens arrivent aux parents et restent dans leurs mains jusqu'à leur mort, que d'être directement recueillis par les enfants, et de leur constituer une fortune indépendante.

2441. Nous avons dit ci-dessus [1] que le Code Napoléon, pour prévenir de sérieuses difficultés, a établi que le donataire ne pourrait profiter du droit d'option qu'autant qu'il serait annexé à l'acte un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation.

Il faut que l'état soit assez détaillé pour que chaque dette puisse se distinguer de toute autre. Aussi a-t-il été jugé avec raison que le vœu de la loi n'est pas rempli par une déclaration portant que « compensation faite de l'actif et du passif, le passif peut s'élever à une somme » de... (12,000 fr. par exemple) » [2]. En effet, si les créanciers se présentent au donataire avec des titres antérieurs, mais n'ayant pas de date certaine, et prétendent peut-être à plus que la somme fixée, comment reconnaitra-t-il ceux qu'il doit payer pour satisfaire à la charge que la donation lui impose?

2442. L'obligation de représenter un état des dettes et charges ne cesse pas par la circonstance que le donateur se serait réservé l'usufruit des biens donnés. Cette réserve est indifférente pour le cas particulier. Ne changeant pas le caractère de la donation, elle n'en change ni les conditions ni les effets essentiels. Le donataire ne pourra donc pas user d'une option dont il ne remplit pas la condition d'existence [3].

De même, si le donateur avait fait concourir le donataire à des actes d'aliénation des biens donnés et à l'achat par le donateur d'autres biens, on ne pourrait pas dire que cette circonstance a modifié le caractère de la donation, que le donataire a été saisi des biens présents, et que par conséquent il n'a pas besoin de représenter l'état des dettes pour faire l'option; que cette option n'est pas à faire, mais qu'elle est

plus que faite puisque le donataire est déjà investi des biens présents. De tels faits ne sont pas suffisants pour faire qu'il y ait eu originairement deux donations distinctes au lieu d'une donation écumulative. Il faut donc rester dans le droit commun, et écarter l'option si l'état détaillé n'est pas représenté [4].

2443. On a été plus loin, et il a été décidé par arrêt de la cour de Grenoble du 19 janvier 1847 [5], que, faute d'un état des dettes, on doit refuser l'option au donataire, alors même qu'en vertu d'une clause du contrat, il a été mis en possession de tous les biens présents, de sorte qu'il doit accepter ou répudier le tout sans pouvoir diviser, et que s'il répudie, il doit abandonner les biens dont le donateur de son vivant s'est dessaisi et l'a mis en possession.

Une telle décision se justifie d'elle-même, quand il est établi en fait, par interprétation du contrat, que le donateur n'a pas eu l'intention de faire deux donations séparées. L'une de biens présents, l'autre de biens à venir, et que, malgré la mise en possession du donataire avant le décès du donateur, ce dernier a voulu faire une donation écumulative de tous les biens présents et à venir. C'est à ce point de vue que s'est placée la cour de Grenoble; elle l'a pu, quoique ses motifs ne soient pas exempts de reproche. A la rigueur, une certaine participation du donataire dans les biens présents, du vivant du donateur, n'est pas radicalement incompatible avec le caractère cumulatif de la donation de biens présents et à venir.

Toutefois, dans l'espèce jugée par la cour de Grenoble, il n'aurait pas été impossible de trouver dans le contrat de mariage deux donations distinctes [6]. Mais nous ne sommes pas assez éclairé sur les faits pour prendre parti contre la solution préférée par la cour de Grenoble.

2444. Le Code ne prescrit pas de faire un état estimatif et descriptif des meubles du donateur au moment de la donation, comme dans le cas de donation entre-vifs de biens présents mobiliers [7]. Il suit de là deux choses : la première, que le donataire qui accepte la donation dans son entier, profite même de tous les meubles, bien qu'un état n'existe pas [8]; car l'incertitude des biens ne vicie pas la donation de biens présents et à venir, et le donataire prend

[1] N° 2399.

[2] Limoges, 19 mars 1841 (Devill., 41, 2, 442).

[3] Cassat., 31 mars 1840 (Devill., 40, 1, 407. *Journal du Palais*, 40, 1, 579).

[4] Cassat., 31 mars 1840 (Devill., 40, 1, 407. *Journal du Palais*, 40, 1, 579).

[5] Devill., 48, 2, 144. *Journal du Palais*, 48, 1, 1, 663.

[6] *Suprà*, n° 2435.

[7] Art. 948, *suprà*, n° 1252.

[8] Cassat., 27 février 1821 (Devill., 6, 1, 308. *Journal du Palais*, 1. XVI, p. 410). Furgole sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1731. Grenier, t. III, n° 435. Toullier, t. V, n° 851. Dalloz, v° *Dispos. entre-vifs*, ch. 3, sect. 3, n° 8.

ce qui existe au décès. La seconde, qu'à défaut de cet état du mobilier, le donataire n'est pas privé du droit d'opter entre les biens présents et les biens à venir, puisque le législateur n'en a pas fait une condition de ce droit [1].

Pourtant, si dans le cas où un état des meubles n'a pas été dressé, le donataire opte pour les biens présents, plusieurs auteurs ont enseigné qu'il n'a pas droit aux meubles, par la raison que la donation devient une donation de biens présents pour laquelle l'art. 948 du Code Napoléon exige impérativement l'état des meubles. Suivant eux, le donataire devra se contenter des biens immeubles et néanmoins acquitter les dettes comprises dans l'état [2]. Cette opinion n'est pas soutenable. Si la donation était originellement une donation de biens présents, quoique faite par contrat de mariage, on n'aurait pas tort de lui appliquer l'art. 948. C'est ce qui résulte du rapprochement de cet article avec l'art. 947 [3]. Mais la donation dont nous parlons est autre chose : elle est originellement et dans son principe une donation de biens présents et à venir, pour laquelle l'état des meubles n'est pas nécessaire. Or, pour juger de la validité d'un acte, il faut se reporter au temps de sa confection et n'exiger de lui que les formes nécessaires à ce moment.

Il est vrai que par le fait postérieur d'une division et d'une option dépendantes de la pure volonté du donataire, la donation devient en réalité une donation de biens présents. Mais cet événement, qui surgit *ex post facto*, ne peut réagir sur la validité de l'acte pris à son point initial. « *Initium inapiciendum est.* » L'acte était valable au commencement ; il ne peut pas cesser de l'être par la suite.

Aussi notre article, en consacrant le droit d'option du donataire pour les biens présents, ne fait-il pas d'exception pour les meubles non détaillés *ab initio*. Il autorise le donataire à prendre, sans distinction, tout ce qui était présent au temps de la donation ; puisqu'il oblige le donataire à payer toutes les dettes, il ne veut pas qu'il soit privé d'une portion de l'actif, souvent très-importante, sous prétexte de l'omission d'une formalité non requise dans le principe et contraire même à la pensée du disposant, qui, voulant donner en bloc, n'a pas entendu entrer dans le détail de son avoir.

C'est ce que Furgole enseignait positivement du reste sous l'ordonnance de 1731, dont l'ar-

ticle 17 était conforme à l'art. 1084. « Cela est « si vrai, que notre article veut que, dans le cas « de l'option faite par le donataire des biens « présents, il puisse prendre les biens qui exis- « taient lors de la donation, sans excepter « les meubles, ni les distinguer des autres « biens [4]. »

Il est vrai que le donataire aura souvent de la peine à établir la consistance des meubles au temps de la donation ; mais c'est là une difficulté dont il a dû calculer la portée en faisant son option. On peut au surplus prévoir bien des cas où l'existence des meubles est facilement et authentiquement prouvée, par exemple lorsqu'il s'agit de rentes sur le grand-livre, d'actions de la banque, d'actions des chemins de fer, d'actions dans des entreprises industrielles, etc., etc. Serait-il juste alors d'enlever cet émolument au donataire chargé des dettes ? Au moins, quand l'art. 948 du Code Napoléon annule la donation de biens présents pour omission de l'état des meubles, il ne fait pas payer les dettes au donataire. Ici, on lui enlèverait les meubles et on ne retrancherait aucune partie des dettes !

§ 445. Les donations cumulatives de biens présents et à venir sont les seules dont s'occupe notre article. Il ne parle pas des donations de biens à venir non mélangés de biens présents. C'est cependant un genre de disposition qui a sa place dans cette étude. L'art. 1093 les mentionne spécialement dans les donations d'époux à époux. Le législateur n'a pas la pensée de les interdire, malgré son silence, dans les donations faites par des tiers en contrat de mariage. Celui qui peut donner ses biens présents et à venir peut, à plus forte raison, donner ses biens à venir seulement [5]. Aucun doute ne saurait donc exister à cet égard.

Mais il y a plus de difficulté pour préciser le vrai caractère de la donation de biens à venir.

Pour y parvenir, il faut tout d'abord distinguer entre la donation de biens à venir faite à titre particulier et la donation de biens à venir faite à titre universel [6].

La donation de biens à venir à titre particulier a lieu lorsque, par exemple, je vous donne les acquêts que je ferai dans la société que je viens de constituer avec Pierre, et qui doit durer dix ans [7]. Une telle donation doit produire ses effets aussitôt après la liquidation de la société, qui fixera une part dans les acquêts. Vous pourrez vous en faire saisir même de mon

[1] Grenier, t. III, n° 435.

[2] Rolland de Villargues, *Répert.*, v° *Donat. en faveur du mariage*, n° 38. Vazille sur l'art. 1084, n° 2. Zachariæ, t. V, p. 542, § 740.

[3] *Supra*, n° 1230.

[4] Sur cet article, p. 161.

[5] Voy. d'ailleurs, *infra*, n° 2455, et l'argument fourni par l'art. 1086.

[6] Furgole sur l'art. 15 de l'ordonn. de 1731, p. 153.

[7] *Infra*, n° 2455.

vivant. Il n'y a rien dans cet acte qu'on ne puisse comparer à un contrat du droit commun, *puia*, à un contrat d'hypothèque de biens à venir formé dans les termes de l'art. 2130 du Code Napoléon et qui donne droit au créancier au fur et à mesure des acquisitions.

Quant à la donation de tous les biens à venir ou d'une quote de biens à venir, il en est autrement, à cause de son caractère de généralité et de sa relation avec le décès du disposant; elle ne diffère pas d'une institution contractuelle *parie in quâ*. L'objet de la donation portant sur des choses indéterminées et incertaines, qui ne prendront un caractère de certitude que par le décès du disposant, il n'y a là que la collation d'un litre successif par contrat. On n'y trouve pas l'élément présent qui joue un rôle si important dans la donation de biens présents et à venir, et qui la distingue de l'institution contractuelle. Ici, tout est livré aux chances de l'avenir; la donation n'a en vue que des choses soumises à une *alea*, et dépendantes de la volonté ambulatorie du disposant, qui peut acquérir ou n'acquérir pas. Ce dernier ne donne qu'un futur contingent. — un revenant bon, s'il y en a à son décès. Qu'est-ce autre chose que le don d'une succession ou de partie d'une succession?

Du reste, il n'y a pas d'exemples de donations de biens à venir faites, dans les contrats de mariage, par un tiers à l'un des futurs époux: on n'y trouve que des donations de biens présents et à venir. Pothier a cependant fait la distinction, et il faut la maintenir [1].

Il est vrai qu'elles sont fréquentes dans les contrats entre futurs époux [2], et il ne faut pas

s'en étonner. Deux personnes qui s'unissent en mariage ont droit d'espérer que leur union sera prospère et que leur travail commun les enrichira. Il est donc naturel qu'elles disposent, au profit l'une de l'autre, de leurs futurs acquêts et des choses mobilières et futures qu'elles laisseront à leur décès [3].

La position des tiers qui font des libéralités aux époux est toute différente et ne leur inspire pas les mêmes dispositions. Mais nous croyons que si, par hasard, une telle donation se rencontra, elle devrait se régler par les principes de l'institution contractuelle: c'est ce que nous inférons de l'article 1093 du Code Napoléon, ainsi conçu:

« La donation de biens à venir, ou de biens « présents et à venir, faite entre époux... sera « soumise aux règles établies par le chapitre « précédent, à l'égard des donations parcellées « qui leur seront faites par un tiers, etc., etc. » Et quelles règles pourrait-on emprunter au chapitre VIII, pour les appliquer à la donation des biens à venir, si ce ne sont les règles de l'institution contractuelle [4]?

Au surplus, il est clair que celui qui ne donne que ses biens à venir n'entend pas donner ses biens présents, et que le donataire n'a aucun droit aux biens existants lors de la donation. Il outre-passerait son titre s'il voulait transformer la libéralité en une donation cumulative. Il y a dans la nature des choses une séparation profonde entre les biens présents et les biens à venir. De même que la loi les distingue [5], le donateur a pu les distinguer aussi, et le donataire doit se contenter de la part qui lui est faite.

ARTICLE 1086.

La donation par contrat de mariage en faveur des époux et des enfants à naître de leur mariage, pourra encore être faite, à condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur, ou sous d'autres conditions dont l'exécution dépendrait de sa volonté, par quelque personne que la donation soit faite: le donataire sera tenu d'accomplir ces conditions, s'il n'aime mieux renoncer à la donation; et en cas que le donateur, par contrat de mariage, se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens présents, ou d'une somme fixe à prendre sur ces mêmes biens, l'effet ou la somme, s'il meurt sans en avoir disposé, seront censés compris dans la donation, et appartiendront au donataire ou à ses héritiers.

[1] Cout. d'Orléans, intr. au tit. 15, no 26. Il parle de la donation des biens à venir, puis immédiatement de la donation des biens présents et à venir. Mais il n'indique pas quelle est la nature de la donation des biens à venir.

[2] Art. 1093.

[3] Voy. Brodeur sur Louet, lettre D., somm. 10, no 7.

[4] *Junge*: Duranton, t. IX, no 671. Coïn-Detisle sur l'art. 1092 *passim*. Zachariae, § 739, t. I, V, p. 503, édit. d'Andry et Rau.

[5] Art. 943. Art. 15 de l'ordonn. de 1731.

SOMMAIRE.

2446. La règle « donner et retenir ne vaut » n'est pas applicable aux contrats de mariage. — De là l'art. 1086. — Article semblable de l'ordonnance.
2447. Notre article embrasse même les donations de biens présents.
2448. De la condition de payer les dettes et charges de la succession du donateur.
2449. Le donataire peut s'exonérer des dettes en abandonnant les biens, même après s'être immisec.
2450. Il est vrai qu'on donataire ne peut pas, en général, se dégager d'une charge exprimée dans une donation qu'il a d'abord acceptée. — Raison de cette différence.
2451. Suite. — Des cas où la charge est dans l'intérêt du donateur.
2452. Pour les donations universelles, renvoi.
2453. Des conditions potestatives de la part du donateur. — De la condition d'exécuter le testament du donateur.
2454. Du don d'une somme à prendre sur des immeubles déterminés.
2455. D'une chose donnée sous la condition si l'en devient propriétaire ou si elle se trouve dans une succession.
2456. De la réserve de disposer de tout ou partie des biens donnés.
2457. Différence entre la réserve de la faculté de disposer et la réserve de la chose elle-même.
2458. Doutes sur le sens de la réserve d'une chose pour en disposer.
2459. De la réserve de la faculté de disposer dans une donation universelle.
2460. Que devient la chose, si le donateur n'en a pas disposé? Y a-t-il une différence à établir à cet égard entre l'institution contractuelle et la donation cumulative?
2461. Celui qui s'est réservé de disposer d'un bien s'est-il par cela seul interdit d'aliéner les autres biens à titre onéreux?
2462. C'est une question d'intention.
2463. Si le donateur a excédé les limites de la réserve, il y a lieu à réduction.
2464. Quand le donateur a désigné une personne à qui il voulait donner la chose réservée, peut-il donner à son autre? — C'est une question d'intention.
2465. De la substitution d'une chose à la chose dont la disposition est réservée. — Renvoi.
2466. Droit intermédiaire sur la dévolution de la chose si le donateur n'a pas usé de la réserve.
2467. Question transitoire. — Une loi nouvelle, augmentant la légitime, est-elle applicable à la valeur dont le donateur s'est réservé la disposition? Oui.
2468. Explication d'un arrêt qui paraît contraire et ne l'est pas.

COMMENTAIRE.

2446. La règle *donner et retenir ne vaut*, qui n'est qu'une énergique traduction du principe de l'irrévocabilité des donations entre-vifs, entraîne plusieurs conséquences déduites et expliquées dans les articles 943, 944, 945 et 946 du Code Napoléon [1]. Mais on sait déjà (car nous l'avons souvent répété) que ce principe reçoit exception dans les contrats de mariage, qui sont susceptibles de toutes les clauses non contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et qui comportent de si nombreuses dérogations au droit commun. Ainsi, nous avons vu que la loi, par les articles 1082 à 1085, permet de donner, par contrat de mariage, la succession du donateur et ses biens à venir; ce qui défend l'article 943. Par l'article 1086, dont nous commençons le commentaire, il est permis de donner sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur; ce qui est contraire à l'article 944. Il est également permis de donner sous la condition de payer des dettes et charges du donateur autres que celles existantes à l'époque de la donation et expressément dé-

clarées, par exemple sous la condition de payer toutes les dettes et charges qui grèveront la succession du donateur; ce qui est une dérogation notable à l'article 945. Enfin, il permet au donateur de se réserver la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une somme à prendre sur les biens donnés, de telle sorte que l'effet ou la somme appartiendront au donataire si le donateur n'en a pas disposé; ce qui est une combinaison prohibée en droit commun par l'article 946. On a donc raison de dire que la règle *donner et retenir ne vaut*, n'est pas observée dans les contrats de mariage. Ce qui ne signifie pas que ces donations ne saisissent pas; car il y a en elles un lien qui ne peut être brisé. Mais elles ne saisissent, que sous les conditions y apposées. Elles sont irrévocables pour ce qu'elles contiennent, et comme le disait la coutume du Bourbonnais, elles saisissent, les cas advenus [2].

Tout ceci, du reste, est emprunté à l'ancienne jurisprudence qui ne favorisait pas moins le mariage que le Code Napoléon [3], et qui

[1] Voy. *supra*, nos 1433 et suiv.

[2] Art. 219 *Auxes des Poussiers* sur 212, n° 10.

[3] *Auvergne*, ch. 14, art. 23. *Vermandois*, art. 55, *Cuslons*, art. 63. *Bourbonnais*, art. 212. *Bar*, art. 167.

avait parfaitement vu que les précautions prises par la loi pour empêcher les fraudes dans les matières ordinaires, n'avaient aucune utilité dans les contrats de mariage [1]. Elle tenait donc comme un point de droit constant que la stabilité des donations faites en contrat de mariage se conciliait avec l'inobservation de la règle *donner et retenir ne vaut*. L'ordonnance de 1731 n'avait pas manqué de le consacrer. En effet, l'art. 18 était ainsi conçu : « Entendons pareillement que les donations de biens présents, faites à condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur, même les légitimes indéfiniment, ou sous d'autres conditions, dont l'exécution dépendrait de la volonté du donateur, puissent avoir lieu dans les contrats de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendants par quelques personnes que lesdites donations soient faites, et que le donataire soit tenu d'accomplir lesdites conditions s'il n'aime mieux renoncer à ladite donation ; et en cas que ledit donateur par contrat de mariage se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens, ou d'une somme fixe à prendre sur lesdits biens, voulons que s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiennent au donataire ou à ses héritiers, et soient censés compris dans ladite donation. »

Nous avons cru devoir mettre cet article sous les yeux du lecteur, parce qu'il peut servir à éclaircir l'art. 1086 par d'utiles rapprochements. Tous deux, du reste, sous une formule différente, arrivent au même but.

2447. Ce qu'il y a de plus exceptionnel dans les dispositions de l'art. 1086, ce n'est pas de le voir altérer l'irrévocabilité de la donation en ce qui concerne les donations de biens à venir ou l'institution contractuelle ; ces libéralités laissent par nature une assez grande liberté au donateur : mais c'est qu'il permette l'insertion des clauses et conditions dont il s'agit dans une donation de biens présents faite par contrat de mariage. Aussi la cour de Riom avait-elle douté de la volonté de notre article d'embrasser même les biens présents, et elle avait cru pouvoir décider que l'art. 1081 limitait l'art. 1086 et le rendait étranger aux biens présents.

Mais c'est là une erreur évidente. Nous avons vu, en effet, que l'art. 18 de l'ordonnance de

1731 s'occupe expressément des donations de biens présents. L'art. 1086 a la même pensée : la disposition en est générale et se réfère à tous les articles précédents. S'il ne commence pas, comme l'ordonnance, par ces mots : « Entendons que les donations de biens présents, etc., » il n'en est pas moins vrai que dans sa seconde partie et arrivant à la réserve de disposer, il suppose que cette clause est ajoutée à une donation de biens présents. Il suit de là que lorsque l'art. 1081 soumet toute donation entre-vifs de biens présents, quoique faite par contrat de mariage, aux règles générales prescrites pour les donations faites à ce titre, on doit sous-entendre que c'est sous réserve des modifications apportées à ces règles par l'art. 1086. La raison dit d'ailleurs qu'il en doit être ainsi. Le législateur considère la faveur du mariage comme l'emportant sur les intérêts qui ont fait établir la règle *donner et retenir ne vaut*. Or ce motif rend inapplicables à toutes les dispositions quelconques faites par contrat de mariage toutes les conséquences du principe de l'irrévocabilité : c'est pourquoi l'arrêt de la cour de Riom a été cassé par arrêt de la cour de cassation du 27 déc. 1813 [2].

2448. Passons en revue les conditions exceptionnelles qu'autorise notre article. La première est de payer toutes les dettes et charges de la succession du donateur. Ces dettes peuvent être nombreuses et la volonté du disposant peut les élever jusqu'à sa mort à un chiffre onéreux. Il n'importe : le donataire a accepté cette chance aléatoire ; elle n'est pas inconciliable avec la donation entre-vifs faite en contrat de mariage. Il doit donc payer ces dettes ou répudier la donation. Telle est la disposition de notre article.

2449. Cet article ne dit pas, en termes exprès, si le donataire peut renoncer à la donation, lors même qu'il s'est immiscé [3]. Mais en y réfléchissant il n'y a pas de doute qu'il résout cette question implicitement pour l'affirmative. Il s'applique en effet autant aux donations de biens présents, qu'aux donations cumulatives de biens présents et à venir. Or supposons que Pierre donne à François qui se marie, et en vue de son mariage, les deux terres qu'il possède dans le département de la Meurthe à la charge de payer la moitié des dettes de la succession. Pierre, qui, au décès, s'aperçoit que les dettes absorbent les biens, peut, d'après notre article, renoncer à la donation, quoiqu'elle l'ait mise dès le mariage en possession et quoique par

[1] Dumont, *opuscule* sur l'art. 160 de l'ancienne coutume de Paris. Brodeau sur Louet, lettre D., somm. 5, n° 4.

[2] Devill., 5, 1, 129.

[3] *Supra*, n° 60, 64 et suiv.

conséquent il se soit immiscé. Il n'y a rien à répondre à ce raisonnement et l'on peut dire avec certitude que notre article ne laisse aucun doute sur la solution que nous en faisons découler.

2450. On opposerait en vain que nous avons enseigné ci-dessus (1) que le donataire ne peut répudier la donation acceptée, alors que les charges dont il veut s'exonérer par cet abandon lui ont été imposées par des clauses expresses du contrat. Il est vrai, en effet, que dans les donations gouvernées par le droit commun, il n'est pas permis au donataire de se dégager d'une convention réciproque qui lui impose, en vertu d'un pacte précis et mûrement concerté, une charge parfaitement définie à l'avance et intéressant le donateur. Mais ici la situation n'est pas la même. Nous sommes en présence d'une donation qui soumet le donataire à des charges indéfinies et potestatives. Car c'est de celles-là seules que s'occupe l'art. 1086. Or, on ne peut appliquer à un donataire placé en face d'éventualités dont il n'a pu apprécier d'avance la portée et qui dépendent du fait arbitraire du donateur, la règle qui domine un donataire qui a fait sa condition lui-même après avoir pu mesurer le poids de la charge imposée. Il a pu croire que le donateur n'abusait pas du droit de faire des dettes et qu'il conserverait équitablement à la donation son caractère de libéralité. Puisque le donateur a dépassé les bornes, il est juste que le donataire, à son tour, en puisse sortir pour ne pas être victime de sa confiance.

Ainsi, tout se lie dans notre doctrine, et l'art. 1086, fait pour un cas particulier, est sans influence sur les donations gouvernées par le droit commun.

2451. Nous ajoutons une autre considération.

La jurisprudence qui lie le donataire à la charge expresse de la donation, doit être entendue en ce sens qu'il s'agit d'une charge qui donne à l'acte une couleur de commerce, ainsi que nous l'avons expressément remarqué ci-dessus (2). Il faut que la charge soit stipulée en faveur du donateur et qu'il ait un intérêt personnel et réel à en demander l'accomplissement. Telle serait la charge de payer au donateur une rente viagère, ou de le loger et nourrir sa vie durant. Or, l'obligation de payer telles ou telles dettes n'a pas cette couleur de commerce; elle

ne donne pas au contrat un caractère commutatif; elle n'engendre pas des devoirs réciproques particuliers. Elle ne fait qu'appliquer la règle de droit : *bona non dicuntur nisi deducto aere alieno* (3), et lors même qu'il s'agirait d'une donation de biens présents, avec condition de payer les dettes portées dans un état détaillé, nous pensons que le donataire qui se serait trompé sur la valeur des biens pourrait répudier la donation s'il reconnaissait qu'elle lui est onéreuse. En pareil cas, en effet, le donateur ayant voulu être libéral, on ne peut lui prêter l'intention d'avoir fait une spéculation pour prendre le donataire dans le piège et le rendre victime de sa bonne foi. Il n'a parlé des dettes qu'à cause des biens et non pour s'exonérer aux dépens du donataire. Le donataire peut donc renoncer aux liens pour se décharger des dettes. C'est ce que nous avons enseigné ci-dessus avec tous les auteurs (4), et ce qui ne saurait être contesté. À ce nouveau point de vue donc, on ne saurait opposer à la solution qui fait l'objet du n° 2449 la doctrine émise au n° 69.

2452. Quant aux donations universelles, nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons exposé ci-dessus sur la faculté du donataire de se décharger des dettes en abandonnant les biens, même alors qu'il s'est immiscé (5). Remarquons que cette question sort des termes précis de notre article, qui ne s'occupe que du cas où la donation contient une charge expresse de payer des dettes exceptionnelles; au lieu que dans la donation de biens présents et à venir, la charge de les payer est naturelle et de droit. Ajoutons que ce qui fait la difficulté dans le cas de donation de biens présents et à venir, c'est l'analogie de ce genre de libéralité avec l'institution contractuelle. Néanmoins l'article 1086 offre un argument qu'il ne faut pas dédaigner.

2453. L'obligation de payer toutes les dettes de la succession n'est pas la seule qu'autorise l'article 1086; il permet encore d'imposer des charges dépendantes de la volonté du donateur. Telle serait l'obligation d'exécuter le testament laissé par le donateur (6).

À ce sujet, il y a une remarque à faire; d'anciens et importants arrêts ont décidé que cette charge devait être limitée à l'obligation de payer les frais funéraires, et que le donataire n'était pas tenu des legs et autres charges (7). On peut citer un arrêt du parlement de Paris du 14 avril 1576, prononcé en robes rouges, et un second

(1) *Supra*, n° 69.

(2) N° 69.

(3) *Supra*, n° 1217.

(4) *Loc. cit.*

(5) Nos 2415 et suivants.

(6) Brodeau sur Louet, lettre D., *comm.* t. 10, n° 4.

(7) *Id.*

du 20 avril 1614 [1]. Dumoulin donnait à la clause un peu plus d'extension en l'expliquant ainsi : « *reservationem tantandi super rebus « donatis intelligi debet de parte ut non videtur « donationem, non de omnibus, sed secundum « dignitatem personæ* » [2]. Il est certain que c'est en ce sens que cette clause devait être entendue dans les donations soumises à la règle *donner et retenir ne vaut*, afin de faire valoir la donation [3]. Mais je ne sais si on pourrait lui imposer ces limites dans l'espèce d'une donation qui permet de soumettre la libéralité à des charges dépendantes de la volonté du disposant. L'arrêt de 1574 était-il rendu à propos d'une donation faite en contrat de mariage ? Je l'ignore. Celui du 20 avril 1614 concerne un don mutuel, et cette circonstance est à considérer. Les juges ne voulurent pas que celui qui décéderait le premier eût le pouvoir de rendre le don mutuel sans effet par une quantité effrénée de legs.

2454. Parmi les conditions potestatives qui peuvent trouver leur place dans les donations en contrat de mariage, on peut citer celle-ci : « Je « donne au futur époux 100,000 francs à prendre sur les immeubles que je laisserai à mon « décès, sans que cette donation m'empêche de « les aliéner. » Bien que le donateur puisse anéantir la donation par ses ventes, cette donation se soutient à la faveur des exceptions dont le contrat de mariage est environné. Il faut dire, d'ailleurs, que lors même que le donateur ne se serait pas réservé le droit d'aliéner, ce droit existe virtuellement et est sous-entendu, puisqu'il n'a voulu donner la somme qu'à la condition qu'elle serait prise dans les valeurs immobilières laissées à son décès [4].

A ce propos, on peut citer la décision suivante, qui offre un cas remarquable de pareille charge. Mademoiselle M... avait donné, par son contrat de mariage, à son futur mari, 200,000 livres, à prendre sur les immeubles qui lui appartiendraient à sa mort. Le mari est interdit : la femme vend avec autorisation de justice son unique immeuble et meurt avant d'avoir touché le prix intégral. Les créanciers du mari veulent être payés des 200,000 livres données à leur débiteur sur le prix encore dû de l'immeuble vendu. Mais ils furent déboutés de leur demande par arrêt du parlement de Paris du 25 mai 1781, parce que la somme avait été donnée pour être prise sur les immeubles laissés par la dona-

trice et qu'il n'y avait aucun immeuble dans sa succession [5].

Ce n'était pas une objection sérieuse que de dire qu'il est contraire à toutes les règles que le donateur puisse révoquer la donation en vendant tous ses immeubles. En effet, l'art. 18 de l'ordonnance, de même que l'art. 1086 du Code Napoléon, permettait de faire, en contrat de mariage, des donations sous des conditions potestatives.

2455. Par suite des mêmes idées, le donateur peut également donner ou bien dont il est actuellement propriétaire, pourvu qu'il fasse partie de la succession. C'est là une sorte de legs fait par contrat, ou pour mieux dire, une donation dégénérant en une institution contractuelle à titre particulier [6].

On peut aussi donner tel immeuble, si on en devient propriétaire. Il y a là sans doute une condition potestative et une donation d'un bien à venir. Mais notre article, loin d'y mettre obstacle, autorise un pacte de cette espèce, par dérogation à l'art. 913 du Code Napoléon. De même rien n'empêche d'insérer, dans un contrat de mariage, une donation ainsi conçue : « Je « donne à Pierre, futur époux, tous les acquêts « que je ferai dans la société que je viens de « former avec François, et qui doit durer quinze « ans. » Une telle donation, portant sur des biens futurs, ne serait pas admise dans les termes ordinaires du droit commun [7]. Dans un contrat de mariage, on prête secours à toutes les clauses qui sont de nature à favoriser l'union conjugale.

Enfin, on peut donner tous ses biens futurs ; c'est ce que nous avons vu ci-dessus [8], et cette disposition se confond avec l'institution contractuelle : elle a trait à la succession future du donateur.

2456. La troisième exception à la règle *donner et retenir ne vaut*, que prévoit notre article, est celle qui consiste dans la faculté dont jouit le donateur par contrat de mariage de se réserver le droit de disposer de tout ou partie des biens qu'il donne. Rien n'est plus contraire au droit commun que cette réserve. C'est ouvertement donner et retenir. Mais la faveur des contrats de mariage corrige bien des vices.

Quand une personne donne tous ses biens présents et à venir, bien qu'elle ne se dessaisisse pas, elle s'interdit cependant de disposer de ses

[1] Brodeur sur Louet, lettre D., somm. 10, n° 4. Boerius, quest. 244, n° 9.

[2] Sur Auvergne, ch. 14, art. 20.

[3] Arg. de la coutume de Nivernais, T. des Donat., art. 3. Auvergne, ch. 14, art. 20. Chabrol sur cet article.

[4] Supra, n° 2364.

[5] Merlin, *Répert.*, v° Donat., sect. 3, § 4, n° 6.

[6] Supra, n° 2364.

[7] Art. 943.

[8] N° 2445.

biens à titre gratuit, si ce n'est pour des sommes modiques. Il est naturel, par conséquent, qu'elle se réserve le droit de tester sur telles choses ou telles valeurs qu'elle définit dans le contrat, ou de les donner entre-vifs. Ajoutons que cette réserve n'est pas contraire à l'essence des donations universelles qui ont de grandes analogies avec les institutions contractuelles, et auxquelles la maxime *donner et retenir ne vaut* est tout à fait inapplicable. Elle se faisait habituellement dans certaines provinces où, par suite des idées romaines, on avait une affection prononcée pour le droit de tester [1]. Nous apprenons même, par la correspondance de d'Aguesseau, que le parlement de Grenoble, à l'époque de l'ordonnance de 1731, avait exprimé le désir que, même dans un contrat de mariage, on ne pût donner tous ses biens sans se réserver la disposition de quelque valeur. Mais le chancelier d'Aguesseau ne s'arrêta pas à ces observations. Voici ses motifs : « La faveur du mariage est si « grande, qu'elle l'emporte sur les règles les « plus générales... Une pareille donation, dans « un contrat de mariage, n'est, à parler correctement, qu'une institution contractuelle [2] « (par conséquent, ne dépouille pas le donateur de son vivant), et d'ailleurs, dans les « provinces mêmes où l'on observait l'usage « d'obliger le donateur à se conserver quelque « bien dont il pût disposer, on se contentait « d'une réserve si médiocre, que cette réserve « ne pouvait plus être considérée que comme « une vaine formalité qui tombait sur les mots « plutôt que sur les choses [3]. »

A ces sages remarques, nous n'ajouterons qu'un mot pour les compléter : c'est que la réserve pouvait avoir une raison plausible dans le système qui faisait produire des effets actuels à la donation universelle ; système que nous avons exposé ci-dessus [4]. On conçoit alors qu'il fut sage de venir au secours d'un donateur imprudent [5], qui s'enlevait actuellement toutes ses ressources présentes, et, au fur et à mesure des acquisitions, toutes ses ressources futures. Mais, depuis que la donation universelle s'était rapprochée de l'institution contractuelle, et qu'elle n'opérait, même dans les pays de droit écrit, qu'un dessaisissement très-atténué, la réserve de droit était un anachronisme, et le parlement de Grenoble ne se montrait pas inspiré par un sage esprit de critique.

La réserve dont il est question ici ne peut donc être que conventionnelle, et nous répétons qu'elle ne répugne nullement à la nature de la donation des biens présents et à venir.

Ce n'est que dans la donation de biens présents qu'elle contrarie les principes du droit commun et qu'elle est une véritable anomalie. Mais n'oublions pas que la faveur des contrats de mariage permet d'altérer le caractère propre de la donation et de le mêler des éléments propres aux libéralités testamentaires [6].

§ 457. La réserve dont parle l'art. 1086 n'est pas celle qui consiste à donner un tout et à en excepter une partie que l'on se conserve ; c'est une condition qui a pour but de réserver au donateur un droit de disposer de quelque chose, qui, loin d'être excepté de la donation, y est au contraire positivement compris. La différence entre ces deux cas est palpable. Dans le premier, le retranchement est pur et actuel ; la condition empêche que le donataire ait aucun droit sur la chose réservée. Dans le second, le retranchement n'est que conditionnel ; il faut que la condition soit remplie, pour que la donation se trouve diminuée ; si elle n'est pas remplie, la chose réservée reste dans la donation [7], elle appartient au donataire ou à ses héritiers. C'est ce qu'explique notre article, d'accord avec l'ordonnance de 1731.

D'Aguesseau a donné là-dessus une explication élégante et lucide. « On ne peut pas demander « quel est le titre en vertu duquel l'effet dont le « donateur s'était réservé la liberté de disposer « se réunit aux autres biens dans la personne « du donataire, lorsque le donateur n'a pas usé « de la faculté qu'il s'était réservée. Ce titre est « l'universalité même de la donation, dans laquelle l'effet dont le donateur pouvait disposer se trouve compris comme tous les autres. « Il est vrai que le donateur avait le droit de « ôter de l'universalité, par la disposition qu'il « était le maître d'en faire ; mais, lorsqu'il n'a « pas usé de son pouvoir, les choses se trouvent « dans le même état que s'il n'avait fait aucune « réserve dans la donation, et c'est le cas de « dire, comme les jurisconsultes romains, *dedit « dum non ademit*. Il en serait autrement, s'il « avait déclaré, en faisant la donation, qu'un « certain effet n'y serait pas compris, parce « qu'alors l'exception serait faite par l'acte « même, au lieu que lorsqu'il se réserve seule-

[1] *Suprà*, n° 1193.

[2] Sur cette proposition, qui est beaucoup trop large, voyez *suprà*, n° 2434.

[3] Lettre 288, t. IX, p. 331, édit. de 1776.

[4] *Suprà*, n° 2384.

[5] *Suprà*, n° 1193.

[6] *Suprà*, n° 2342.

[7] Fargol sur l'art. 18 de l'ordonn. de 1731, t. V, p. 174.

« ment le droit de faire cette exception, et qu'il
« ne la fait pas dans la suite, la règle ou la dis-
« position générale subsiste en son entier [1]. »
On ne saurait mieux dire [2].

2458. Mais si la distinction que nous venons d'établir est claire en principe, elle peut, dans la pratique, devenir d'une application difficile, à cause de l'obscurité qui, trop fréquemment, se rencontre dans la rédaction des actes. Le juge appréciera.

La clause suivante a donné lieu à des controverses : « Je me réserve telle somme, pour en disposer comme bon me semblera. »

Dans une espèce où un sieur Cabanis avait fait à son fils, qu'il mariait en 1778, une donation de tous ses biens présents et à venir « à la réserve de cinq pièces de terre pour pouvoir en disposer à sa volonté, » le père mourut, n'ayant disposé que de quatre des cinq pièces de terre réservées. Un débat s'éleva entre le donataire et les héritiers, qui prétendirent à la cinquième pièce de terre.

La cour de Nîmes [3] pensa que le donateur avait voulu que les pièces de terre fussent comprises dans la donation sous la condition qu'il n'en disposerait pas. Elle a donné raison au donataire universel.

Dans une autre espèce, la dame Cornuau, par contrat de mariage en 1769, avait fait donation à son fils de tous ses biens présents, sous la réserve d'une somme de 21,000 liv. à prendre sur les biens qui composaient la donation, pour, par la donatrice, en disposer comme bon lui semblerait. La donatrice mourut sans avoir disposé de la somme. La cour de Bordeaux [4] a interprété la clause dans le sens d'une réserve absolue, et jugé que la somme de 21,000 livres ne faisait pas partie de la donation.

Lorsque des arrêts contiennent une appréciation souveraine d'intention, il n'est pas sage de les critiquer sans connaître tous les détails du procès. Quant à nous, nous sommes d'autant plus disposé à tenir grand compte de ces arrêts, que nous pensons qu'en général et à défaut de circonstances particulières, il faut dire que se réserver la faculté de disposer d'un objet, n'est pas la même chose que se réserver un objet pour en disposer à sa volonté. Dans le premier

cas la réserve porte, non sur l'objet, mais sur la faculté : donc l'objet reste dans la donation [5]. C'est la physionomie donnée à la stipulation par la cour de Nîmes. Dans le second, qui rentre dans l'espèce de l'arrêt de Bordeaux, la réserve porte plus sur la chose même que sur la faculté d'en disposer, et il ne faut pas trop s'arrêter à ces mots « pour en disposer à ma volonté, » qui sont inutiles et qui, n'exprimant que le motif de la réserve, ne restreignent pas la portée qu'anrait la réserve si elle était faite purement et simplement [6].

2459. Le texte de l'art. 1086, conforme en ce point à l'ordonnance de 1731, ne s'occupe de la réserve de la faculté de disposer qu'en ce qui concerne la donation générale des biens présents. Mais ce n'est pas une raison pour dire que la disposition ne doit pas avoir lieu dans la donation d'un objet particulier. Il y a même raison de décider [7]. D'une part, la faveur du mariage permet d'insérer dans la donation d'un objet particulier la réserve de disposer d'une portion de cet objet; de l'autre, le donataire doit profiter de la totalité de la chose, si le donateur n'use pas de la faculté. Car, comme le dit Ulpien, ce dernier est censé confirmer sa donation, quand il n'ôte pas au donataire ce qu'il pouvait lui ôter [8].

2460. La réserve de la faculté de disposer s'applique à l'institution contractuelle, autant qu'à la donation de biens présents. Nous en avons dit quelque chose dans le commentaire des art. 1082 et 1085 [9]. Nous n'y reviendrions pas ici, si l'on n'avait cherché à établir une différence entre ce genre de disposition et la donation universelle, en ce qui concerne le sort de la chose que l'instituant excepte de l'institution contractuelle et dont il fait réserve expresse. On a eu la pensée de soutenir, sous le Code Napoléon, que si l'instituant décède sans avoir disposé de cette chose, elle appartient non à l'héritier naturel, mais à l'institué contractuel. Pour justifier ce résultat on fait le raisonnement suivant : la chose réservée et exceptée se trouve évidemment dans le patrimoine et dans la succession de l'instituant, puisqu'il ne l'a pas aliénée de son vivant. Or la succession tout entière est dévolue à l'institué contractuel. Cet institué

[1] D'Aguesseau, lettre 289, t. IX de ses œuvres, p. 338, édition de 1776.

[2] *Junge Grenier*, n° 440, t. III, p. 374, édit. de Bayle-Mouillard. *Delvincourt*, t. II, p. 30, n° 4, édit. de 1834. *Toillier*, t. V, n° 837 et 838. *Dernaton*, t. IX, n° 741. *Vazeille* sur l'art. 1086, n° 4. *Zachariae*, t. 736, t. V, p. 300, note 1. Nîmes, 5 fév. 1806 (*Journal du Palais*, 5, 165). Bordeaux, 19 janvier 1827 (*Devill.*, 8, 2, 3, 15).

[3] Arrêt du 5 février 1806, déjà cité.

[4] Arrêt du 19 janvier 1827, déjà cité.

[5] *Supra*, n° 2351.

[6] *Contrà*, *Vazeille*, art. 1086, n° 4.

[7] *Forgole* sur l'art. 18 de l'ordonn., t. V, p. 178. *Contrà*, *Boitard* sur le même article.

[8] L. 1, § 6, D., *Legat.*, 30.

[9] *Supra*, n° 2351.

remplacée les héritiers *ab intestat*, et il est appelé à recueillir tout ce que l'instituant n'a pas fait sortir de son patrimoine par une disposition spéciale. Donc il profitera de la chose ou de la somme directement réservée. Et de là il suit, ajoute-t-on, qu'en matière d'institution contractuelle, il n'y a pas d'intérêt à distinguer, comme en matière de donation, entre la réserve pure et simple d'un objet excepté de la disposition, et la simple réserve de la faculté de disposer d'un objet compris dans la disposition. Dans l'un et l'autre cas, c'est l'institué qui profite du défaut de disposition. Cette opinion pouvait avoir de la valeur dans les pays de droit écrit où l'on suivait la règle que nul ne peut mourir *partim testatus, partim intestatus*, et où l'on appliquait cette règle à l'institution contractuelle aussi bien qu'à l'institution testamentaire [1]. Mais aujourd'hui elle manque de justesse. L'héritier contractuel, comme tout autre héritier institué par la volonté de l'homme, ne peut recueillir que ce qui lui est donné par cette volonté. D'un autre côté, nous avons vu ci-dessus [2] que l'institution contractuelle peut être restreinte à une partie des biens et même à des objets particuliers. Or, quand l'instituant excepte de l'institution certains objets déterminés, c'est là évidemment un retranchement qui ne permet pas à l'institué d'en profiter; car ils ne lui ont pas été donnés. L'institué n'est pas appelé à tout recueillir. Il n'absorbe pas tout le patrimoine du disposant. Il y a dans ce patrimoine des choses qui, ayant été formellement exceptées de l'institution contractuelle, restent dans la succession *ab intestat* et appartiennent à celui qui représente le défunt en vertu de la loi. Sans quoi, il faudrait aller jusqu'à dire qu'un homme ne peut pas mourir *partim testatus, partim intestatus*, et que parce qu'il a institué un héritier en une chose, il l'a institué en tout. Il ne saurait en être ainsi. C'est à peu près comme si un testateur avait dit : « J'institue « Pierre mon légataire dans tous mes biens si « ce n'est dans ma ferme de Ménéfontant. » Est-ce qu'il serait possible de prétendre que la ferme n'appartient pas à l'héritier du sang? Et pour quelle raison plausible devrait-il en être autrement dans l'institution contractuelle limitée, ainsi que nous venons de le supposer?

2461. Quand un donateur universel de biens à venir ou un instituant contractuel s'est réservé la faculté de disposer d'un bien ou d'une

somme à prendre sur les biens donnés, il ne s'interdit pas par cela même de s'aider du reste des biens donnés dans les limites ordinaires et d'après le droit commun [3]. Ainsi le donateur universel et l'instituant pourront vendre pour leurs besoins. Ils pourront même faire des dons modiques conformément à l'article 1083. Dans l'ancienne jurisprudence, on inclinait à croire que la réserve liait les mains au donateur pour toute disposition à titre gratuit, mais qu'elle lui laissait toute sa liberté quant aux actes à titre onéreux.

« Ceux (dit Lebrun) qui font une institution contractuelle avec réserve de pouvoir « disposer jusqu'à une certaine concurrence, se « prescrivent eux-mêmes des bornes pour les « donations entre-vifs et testamentaires... ce « qui ne les empêche pas, à mon avis, de faire « aussi des contrats onéreux pendant leur vie, « pourvu que ce soit sans fraude [4]. »

Aurox des Pommiers pensait de même que l'instituant qui se réservait de disposer d'une somme ou de partie des biens, s'interdisait de disposer du reste par donation entre-vifs ou legs, mais qu'il conservait le droit de faire des actes à titre onéreux [5]. Cette distinction s'expliquait dans l'ancienne jurisprudence par de bonnes raisons. On sait que le droit de disposer à titre gratuit n'était pas limité entre les mains du donateur ou de l'instituant dans des termes aussi restreints que ceux de l'art. 1085. La jurisprudence lui donnait plus de latitude. On était donc fondé à dire que le donateur en faisant une réserve de disposer de certains biens suivant son bon plaisir à titre gratuit, abdiquait par là le droit dangereux de disposer par donation ou testament des autres biens compris dans la libéralité.

Ajoutons même que, suivant Brodeau, la réserve n'empêchait pas des dispositions modérées en faveur de l'Eglise et pour toutes autres causes pies [6]. Quant à la faculté de disposer à titre onéreux, elle était expressément accordée par la jurisprudence [7].

Une dame de Lustrac avait en 1363 donné, par son contrat de mariage avec le baron de Caumont, aux enfants qui naîtraient dudit mariage tous ses biens présents et à venir, sans en rien excepter, hors la somme de 10,000 liv. de laquelle elle pourrait disposer.

« Cette dame ne s'étant réservé de disposer de son bien que jusqu'à la somme de

[1] Fargole, *quest.* 38, n° 9 et suiv.

[2] *Supra*, n° 2364.

[3] *Supra*, n° 2351.

[4] Lebrun, *Success.*, liv. 3, ch. 2, n° 24.

[5] Sur l'art. 220 du la coutume de Bourbonnais.

[6] Sur Looet, lettre S, somm. 9, n° 3.

[7] Bouquier, lettre D, n° 8.

« 10.000 livres, s'était lié les mains pour ne
 « pouvoir donner de son bien que jusqu'à ladite
 « somme; mais aussi cette restriction n'a pas
 « empêché que, demeurant dans les termes du
 « droit commun, elle n'ait pu vendre une terre
 « de Cuzac et en transiger pour sortir d'un grand
 « procès. » C'est pourquoi il fut jugé que les
 demandeurs donataires universels étaient non
 recevables dans leur action en revendication de
 ladite terre vendue par la donatrice.

Aujourd'hui, sous l'empire du Code, la question est plus nette. Selon le droit commun, celui qui a fait une institution contractuelle ou une donation de biens à venir, peut disposer de ses biens à titre onéreux, mais non à titre gratuit, si ce n'est pour une valeur modique à titre de récompense ou autrement [1]. Ici tout est défini avec précision. Le donateur est renfermé dans des bornes très-étroites en ce qui concerne les dispositions à titre gratuit des biens compris dans l'institution. Quel est dès lors le but de la réserve? C'est évidemment d'étendre le cercle de l'art. 1083. C'est de créer un pouvoir plus grand que celui que cet article définit, et nullement d'abdiquer la faculté qu'il autorise. En un mot le disposant veut garder le droit qu'il a, et de plus se donner une faculté qu'il n'avait pas. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de Riom du 15 novembre 1819, ci-dessus cité [2].

2462. Du reste, cette proposition est subordonnée à la volonté des parties qui est toujours la grande règle, et à laquelle il faut sans cesse revenir. Il serait possible que le donateur, en se réservant de disposer de tel ou tel objet, eût, en même temps, eu l'intention de ne rien aliéner au delà, soit gratuitement, soit même à titre onéreux, et qu'il se fût engagé à cet égard d'une manière précise; en pareil cas il faudrait respecter cette volonté [3]. Elle n'a rien de contraire aux lois, aux mœurs, à l'ordre public. De plus, la faveur des mariages lui prête un appui particulier.

Au surplus, cette volonté ne résulterait pas d'une clause par laquelle le donateur se serait réservé de disposer de ses biens jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Il ne faudrait pas dire que c'est le cas d'appliquer la règle : *Inclusio unius est exclusio alterius*. Nous avons vu tout à l'heure ce qu'en a pensé l'arrêt du parlement de Paris dans la cause de madame de Lustrac, et Brodeau en cite un autre de la

chambre de l'édit qui, en présence d'une clause semblable, a décidé que le donateur pouvait disposer à titre gratuit par legs modérés en faveur de la cause pie [4].

Mais trouverait-on une limitation plus étroite dans la clause qui, en réservant la faculté de disposer des biens donnés jusqu'à concurrence d'une somme de... ajouterait « par vente, donation, testament ou autrement? » La réserve de disposer par vente de la chose réservée ne contient-elle pas une renonciation implicite à disposer par vente du surplus? Cette question se trouve indiquée plutôt que jugée dans un arrêt de la cour de cassation du 7 juin 1808 [5]. L'arrêt de la cour impériale, cassé par cet arrêt, l'avait décidée (autant qu'on en peut juger à travers l'insuffisance de la notice) dans le sens de la restriction; ce ne fut pas ce point qui motiva la cassation. En pareille matière il faut laisser beaucoup à l'interprétation des juges. Il ne faut cependant pas trop accorder à des clauses de style, et il serait possible que ces mots « par vente, donation, testament, etc. » ne fussent qu'une rédonnance notariale et un détail de plume plutôt que d'intention.

2463. Lorsque le donateur a excédé les limites de sa réserve conventionnelle, le donataire a le droit de faire réduire les donations dans les limites fixées par le contrat. Le retranchement doit être opéré d'abord sur les donations les plus récentes, puis en remontant s'il est nécessaire jusqu'aux plus anciennes [6].

2464. Quelquefois le donateur ou l'instituant, en se réservant de disposer d'un objet parmi les choses données, désignent une personne déterminée qu'ils ont le projet de gratifier.

Dans ce dernier cas, si le donateur ou l'instituant donne l'objet à une personne autre que celle désignée, excède-t-il son droit, et fait-il un acte nul qui ne doit pas nuire au donataire primitif ou à l'institué? Tout dépend des circonstances. Si la désignation paraît être limitative, le donateur ou l'instituant ne peuvent gratifier une autre personne. Si, au contraire, elle n'est qu'indicative, ils ont le droit de disposer au profit de qui que ce soit.

On trouve un exemple de la première hypothèse dans l'espèce suivante qui s'est présentée devant le tribunal de la Seine [7]. Dans l'espèce, la comtesse du Cayla avait assuré à sa fille par contrat de mariage « sa part et portion virile

[1] Art. 1083 applicable aux donations de biens présents et à venir. Voy. *supra*, n° 2414.

[2] N° 2351.

[3] *Supra*, n° 2341.

[4] Sur Lonet, lettre S, nomm. 2, n° 5.

[5] *Journal du Palais*, t. VI, p. 733. Devill., 2, 1, 539.

[6] Cassat., 7 juin 1808 (*Journal du Palais*, 6, 733; Devill., 2, 1, 539).

[7] *Gazette des tribunaux* du 17 janvier 1855.

« intégrale dans les biens, meubles et immeubles qui composeraient sa succession, distraction faite seulement du domaine de Saint-Ouen, qu'elle se réservait de pouvoir donner à titre de préciput à son fils. » Ayant perdu son fils, la dame du Cayla avait, dans un testament, légué ce domaine de Saint-Ouen à la ville de Paris. Ce legs a été annulé, parce qu'il a paru que la réserve d'en disposer qui en avait été faite, était limitativement restreinte au fils de la donatrice.

Mais dans le doute on préférera l'interprétation indicative à l'interprétation limitative.

2465. Nous avons vu ci-dessus, du reste [1], que la clause de réserve ne doit pas être entendue dans un esprit trop rigoureux et trop étroit. Ainsi celui qui s'est réservé de disposer de la ferme A, peut sans inconvénient disposer, à sa place, de la ferme B, quand il y a identité de valeur et qu'il n'en résulte pour le donataire aucun préjudice.

2466. Nous avons vu que notre article, d'accord avec l'ordonnance de 1731 et interprétant justement la volonté du disposant, veut que lorsque ce dernier n'a pas usé de la faculté qu'il avait stipulée, la chose faisant l'objet de la réserve appartienne au donataire comme faisant partie de la donation.

La loi du 18 pluviôse an v crut pouvoir en décider tout autrement à l'égard des donations et institutions contractuelles faites sous l'empire de l'ordonnance de 1731; elle voulut que dans tous les cas où le disposant n'aurait pas encore usé de son droit, la réserve restât stérile entre ses mains et que la chose qui en faisait l'objet passât dans le domaine de la succession *ab intestat*, pour être partagée entre les héritiers du sang à l'exception du donataire et de l'institué.

Voici le texte de son article deuxième : « Les réserves faites par les donateurs ou auteurs d'institutions contractuelles qui n'en auront pas valablement disposé, feront partie de la succession *ab intestat* et seront partagées également entre tous les héritiers autres que les donataires ou les institués, sans imputation sur les légitimes ou portions de légitime dont les héritiers ou donataires auraient été grevés. »

« Il n'est pas innové, par les dispositions du présent article, aux réunions desdites réserves déjà opérées en faveur des institués ou donataires, conformément à l'art. 18 de l'ordonnance du mois de février 1731, par le

« décès des donateurs et des institués, arrivé
« avant la publication de la loi du 3 brumaire
« an 11. » Cette loi n'entendait pas enlever à l'ordonnance de 1731 l'autorité de raison attachée à sa disposition; elle n'avait pas pour but de l'accuser d'avoir mal compris l'intention des parties et le sens de leurs paroles. Mais elle agissait violemment et révolutionnairement. Trouvant que c'était assez pour les donataires et les institués de pouvoir recueillir le bénéfice des dispositions irrévocables contenues dans les donations universelles et dans les institutions contractuelles, elle voulait leur enlever toute chance de profiter des sommes et objets sur lesquels portaient des réserves de disposer. Et pour rétablir autant que possible l'égalité absolue des partages qui était dans ses vues, pour diminuer autant qu'il était en elle les avantages des donataires et des institués, non-seulement elle rejetait dans la succession *ab intestat* les sommes et objets réservés, enlevant ainsi au donateur la faculté d'en disposer, ainsi qu'il l'avait stipulé, se substituant même à lui pour en disposer au profit de la succession *ab intestat*; mais encore elle ne voulait pas que ces donataires et institués contractuels y vinssent prendre part avec les autres héritiers légaux. On ne peut que déplorer de telles violences législatives. N'oublions pas cependant que si la loi du 18 pluviôse an v porta dans cette circonstance une grave atteinte à la solidité des conventions, elle eut sur d'autres points le mérite de corriger le vice de rétroactivité dont la loi du 3 brumaire an 11 s'était rendue coupable en foulant aux pieds les donations, les institutions contractuelles, les testaments et même les partages, qui depuis le 14 juillet 1789 avaient consacré dans les successions des inégalités entre cohéritiers. La loi du 18 pluviôse an v eut la justice de réparer cette iniquité souveraine, et de rendre son autorité à tout ce qui avait dans les actes un caractère irrévocable et dans les faits un caractère de chose consommée. Elle ne sacrifiait que les réserves qui, bien qu'ayant la force d'un contrat et d'un droit, n'étaient pas encore passées à l'état de fait accompli. C'était là un criant abus de pouvoir. Mais la loi du 18 pluviôse an v a fait tout de bien en revenant sur la loi de l'an 11, pour que nous insistions plus longtemps sur ce mal passager et secondaire.

2467. Il nous reste à parler d'une question transitoire, sur laquelle nous devons nous arrêter un instant, parce qu'elle fait ressortir le caractère de la réserve de disposer, et qu'on y aperçoit la différence du lieu produit par le contrat entre les choses données irrévocablement et celles sur lesquelles frappe la réserve.

Il est certain que, lorsqu'une succession s'ouvre sous l'empire du Code Napoléon, la légitime à laquelle les héritiers ont droit est réglée par le Code. Mais il n'est pas moins certain que cette légitime ne peut être obtenue au moyen d'un retranchement sur des donations irrévocablement acquises aux donataires avant la promulgation du Code, et qui, d'après l'ancien droit, n'eussent pas été réductibles. C'est pourquoi, lorsqu'une donation de biens présents et à venir a été faite avant le Code Napoléon, sans clause de réserve et irrévocablement, elle ne doit subir d'autre retranchement que celui qui était autorisé avant le Code pour compléter les légitimes. La légitime du Code n'a pas d'action sur elle. Le donataire a une sécurité qui ne doit pas être trompée.

En est-il de même lorsque le donateur s'est réservé le droit de disposer d'une valeur comprise dans la donation et qu'il décède sous le Code Napoléon, sans avoir usé de cette faculté? Cette question n'est pas exempte de difficultés. D'un côté, on peut dire en faveur du donataire qu'il profite de la chose en vertu d'un contrat qui avait acquis autorité avant le Code Napoléon et qui lui donnait un droit certain à cette chose en cas que le donateur n'en disposât pas; qu'en principe l'accomplissement de la condition produit un effet rétroactif; qu'il est censé, dès lors, propriétaire à partir du jour de la donation, c'est-à-dire avant la promulgation du Code Napoléon; que par conséquent la loi nouvelle n'a pu porter atteinte à son acquisition.

D'un autre côté, on répond, dans l'intérêt des légitimaires, qu'il n'est pas vrai que la valeur réservée fut irrévocablement acquise au donataire, tant que le donateur existait; qu'une volonté, un caprice du donateur pouvait priver le donataire de la faible espérance qu'il avait conçue d'avoir l'objet, que ce dernier n'a pas à se plaindre si une loi nouvelle, étendant la légitime des héritiers, fait ce que le disposant aurait pu faire, et détruit une attente aussi incertaine; que le Code a trouvé la chose disponible entre les mains du donateur; que ce dernier n'en a même disposé que sous l'empire du Code, puisqu'il est censé l'avoir donnée de nouveau au donataire à qui il l'a laissée, pouvant la lui ôter [1].

Ces raisons sont victorieuses : on peut les fortifier d'un arrêt de la cour de cassation du 11 octobre 1811 [2].

Voici les faits :

La veuve Siraudin, ayant un fils et trois filles,

fit donation à son fils, dans son contrat de mariage en 1777, de tous ses biens présents et à venir, à la charge de payer à chacune de ses sœurs une somme de 10,000 fr. à titre de légitime et sous la réserve de la faculté de disposer d'une somme de 20,000 francs.

Cette dame est morte en 1807. Les filles prétendirent que les 10,000 fr. qui avaient été attribués à chacune, et les 20,000 fr. dont la disposition avait été réservée, devaient leur appartenir jusqu'à concurrence de la réserve assurée aux enfants par le Code Napoléon, qui était applicable à la succession.

Le donataire ou plutôt ses représentants n'offraient aux filles que la légitime de l'ancien droit.

La cour de Dijon, le 25 août 1809, a considéré que « la succession s'était ouverte sous l'empire du Code Napoléon, et que, par conséquent, les enfants et héritiers avaient droit à la réserve légale par lui fixée; que, néanmoins, cette loi ne pouvait avoir d'effet rétroactif, et que, par conséquent, les héritiers du donataire universel devaient conserver ce que, en vertu de la donation faite à leur auteur, ils avaient irrévocablement acquis, » et a décidé que les filles héritières *ab intestat* prendraient leur réserve et sur les 10,000 fr. qui leur avaient été donnés à titre de légitime, et sur les 20,000 fr. restés à la disposition du donateur. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté le 16 août 1811.

2468. Il n'y a rien de contraire à ceci dans un arrêt de la cour de Grenoble, du 29 janvier 1809 [3]. Il suffit de le comprendre.

En 1789, un sieur Bouchet, de Chambéry, mariant son fils, promet de l'instituer héritier pour une moitié des biens qu'il laissera à son décès, à la charge de payer la moitié de ses charges actuelles, des legs pieux qu'il se propose de faire, des dots et augmentations de dots qu'il constituera à ses filles. Plus tard, il marie ses filles en leur donnant des dots congrues. On remarquera que l'institution contractuelle dont nous venons de rapporter les dispositions essentielles, ne contenait pas de réserve spéciale et exceptionnelle. L'instituant s'était réservé ce qui était de droit dans toute institution, et ce qui n'a jamais empêché ce genre de disposition d'être irrévocable.

Quoi qu'il en soit, Bouchet meurt en 1806.

D'après le livre V, titre VII, § 6, des constitutions sardes, une fille dotée convenablement n'avait pas le droit de se plaindre et de faire

[1] L. 1, § 6, Dig. De legat., 3^e. Supra, no 2459.

[2] Devill., 3, 4, 410; Journal du Palais, 9, 653.

[3] Desill., 3, 2, 13; Journal du Palais, 7, 337.

rédoire les autres libéralités faites par son père.

Mais, en 1806, la Savoie était réunie à la France et soumise au Code Napoléon, qui accorde une même réserve à tous les enfants.

Une des filles de Bouchet voulait donc, en vertu du Code Napoléon, faire restreindre à la quotité fixée par l'article 913 l'institution contractuelle; elle se fondait surtout sur ce que, dans l'espèce, l'instituant s'était réservé de disposer, à titre gratuit, des biens compris dans l'institution, et qu'ainsi, la disposition, rendue presque entièrement révocable, devait être régie, comme un legs, pour la disponibilité, par la loi en vigueur à la mort du disposant.

Mais la cour a décidé que l'institution contractuelle, telle qu'elle était consacrée par la législation en vigueur en Savoie, était, en principe, irrévocable; qu'elle avait produit ses effets et lié les parties dès avant le Code Napoléon; que l'instituant s'étant dépouillé par un acte irrévocable, c'était par la loi en vigueur au moment de cette dévolution qu'il fallait déterminer l'étendue de la légitime, et non par le Code Napoléon, qui avait trouvé l'héritier contractuel

irrévocablement investi de son titre successif. De plus, la cour n'a pas pensé que la clause qui attribuait au père une faculté de disposer, qui était de droit, dût changer la solution; car elle ne détruisait pas l'irrévocabilité de l'institution. Elle a, en conséquence, rejeté la demande.

Rien, en effet, n'était plus juridique. Le donateur ne s'était pas réservé une liberté de disposition entière à sa guise, comme dans la clause de réserve qui fait la matière de l'article 1086; il avait indiqué des dispositions qui, selon le droit commun des pays de droit écrit (1), étaient des charges naturelles de l'institution contractuelle. Donc il n'avait pas porté atteinte à l'irrévocabilité ordinaire de l'institution contractuelle. Enfin tout porte à croire, quoique les arrêtistes ne le disent pas expressément, que le donateur avait doté ses filles avant la promulgation en Savoie des lois françaises, et qu'ainsi il avait épuisé entièrement son droit, et, par suite, donné au donataire une assurance qu'aucune loi postérieure n'a pu légitimement lui enlever.

ARTICLE 1087.

Les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées, ni déclarées nulles, sous prétexte de défaut d'acceptation.

SOMMAIRE.

2469. Sens et motifs de cet article.

2470. Les donations, faites en dehors du contrat de mariage, quoique en faveur du mariage, ne

sont pas affranchies de la nécessité de l'acceptation expresse.

COMMENTAIRE.

2469. L'article 1087 continue la série des exceptions introduites dans les donations par contrat de mariage. Il exempte ces donations de la nécessité et de la forme de l'acceptation, même lorsqu'elles sont de biens présents et qu'elles sont faites purement et simplement. La raison en est (2) que les deux conjoints, en accomplissant le mariage, acceptent suffisamment toutes les clauses du contrat. C'est aussi ce qui était décidé par l'ordonnance de 1731 (3).

On voit par là que l'art. 1087 ne s'éloigne pas du principe qui veut que toute donation soit

acceptée (4). Mais, à la différence de l'art. 952, il se contente d'une acceptation tacite, tandis que l'art. 952 exige une acceptation expresse dans les donations ordinaires. Nous avons exposé ci-dessus les raisons qui ont fait introduire la solennité de l'acceptation : elles sont prises de la défaveur des donations, qui offriraient un moyen de dépouiller les familles, si le droit civil ne les rendait difficiles (5). Mais cette rigueur devait disparaître dans une matière où le législateur encourage les libéralités pour favoriser les mariages.

(1) Voy. Fernand, *De futurâ conventionali successione*, ch. 7, n^{os} 6 et 7.

(2) *Dumoulin*, sur le conseil 35 de Déc. Ricard, partie I, section 1. Argou, t. II, p. 266. Furgole sur l'ar-

ticle 10 de l'ord. de 1731.

(3) Art. 10 et 13.

(4) *Suprà*, n^{os} 1087 et 1089.

(5) *Suprà*, sur l'art. 952.

D'ailleurs, l'acceptation expresse et solennelle offre peu d'intérêt pour une partie des donations qui se font par contrat de mariage : je veux parler des donations de biens à venir et des institutions contractuelles. Le donataire ou l'institué ne prend de résolution éclairée et définitive qu'après la mort du disposant et après avoir pris connaissance des forces actives et passives de la succession. L'acceptation expresse qu'il ferait de la donation dans le contrat de mariage ne l'empêcherait pas de la répudier au décès [1].

2470. La loi ne dispense de l'acceptation expresse que les donations faites par contrat de mariage ou dans des actes séparés qui sont censés en faire partie [2]. Une donation, bien que faite en faveur d'un mariage, mais qui ne s'ajouterait pas au contrat matrimonial [3] et n'en serait pas une partie, devrait être acceptée

dans les formes prescrites par les art. 932 et 933 du Code Napoléon. C'est ce qui faisait dire à Dumoulin : « *Nec sufficit quod fiant in facorem, sed quod in ipso contractu, ut sint pars pacis fori dotatium* [4]. »

Furgole a émis une doctrine plus relâchée. Il semble vouloir qu'une donation faite en faveur du mariage soit dispensée de la formalité de l'acceptation par cela seul qu'elle a du rapport avec le mariage [5]. Mais le texte de notre article, qui du reste est semblable à celui de l'ordonnance, ne comporte pas cette interprétation. La comparaison des art. 1087 et 1088 prouve, d'ailleurs, que le législateur n'emploie pas indifféremment les mots « donations faites par contrat de mariage » et « donations faites en faveur du mariage » [6].

ARTICLE 1088.

Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas.

SOMMAIRE.

2471. Sont caduques, si le mariage ne s'ensuit pas, toutes les donations en faveur du mariage.
 2472. Sous l'ordonnance il y avait controverse sur ce point.
 2473. Du cas où la donation faite en faveur du mariage se trouve en dehors du contrat. Il faut rechercher si elle a pour but de favoriser le mariage, en général, ou tel mariage en particulier.
 2474. La caducité s'applique aux donations déguisées. Exemple.
 2475. La nullité du mariage a-t-elle le même effet que

son inaccomplissement?

2476. La nullité du mariage anéantit la donation même à l'égard des tiers.
 2477. Quelle est l'influence de la nullité du contrat de mariage sur la donation? Examen de plusieurs hypothèses.
 2478. La célébration du mariage après la mort du donateur empêche la caducité de la donation.
 2479. L'incapacité, survenue en la personne du donateur, avant la célébration du mariage, est sans influence sur la donation.

COMMENTAIRE.

2471. Dans toute donation faite en faveur de mariage, le mariage est la clause finale de la disposition [7]. Si donc le mariage n'est point célébré, la donation est caduque. Telle est la disposition de notre article, disposition fondée sur l'interprétation de la volonté du disposant. Car celui qui donne à une personne pour favoriser son mariage, ne donnerait pas à la même personne si elle gardait le célibat.

C'est ce qui faisait dire à la loi romaine : *quasi causâ non secutâ, habere potest conditio-*

nem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato [8].

Et remarquez que ce n'est pas seulement la donation renfermée dans un contrat de mariage qui est soumise à cette cause de caducité; ce sont encore toutes les donations quelconques, même celles qui sont faites en dehors du contrat de mariage, pourvu qu'elles aient pour but de favoriser un mariage [9].

2472. L'ordonnance de 1731 ne contenait pas de disposition semblable à celle de notre

[1] Vascille sur l'art. 1087, n° 1.

[2] *Suprà*, n° 2360.

[3] Bourbonnais, art. 219.

[4] Sur Auvergne, ch. 14, art. 26.

[5] Sur l'art. 10 de l'ordonn. de 1731.

[6] Arg. d'un arrêt de la cour de Nîmes, le 8 janvier 1850 (Devill., 50, 2, 91).

[7] *Suprà*, n° 1292. Brillouin, v° *Donation*, n° 191.

[8] L. 6, D., *De condit. causâ datâ causâ non secutâ*.

[9] L. 24, C., *De nuptiis* : « *Sancimus si quis nuptiarum fecerit mentionem in quacunque pacto... non aliter intelligi conditionem esse adimplendam... nisi ipsa nuptiarum accedat festinatio.* »

article ; on peut s'étonner de cette omission. Car notre question de caducité était controversée entre les auteurs malgré l'autorité des lois romaines. On peut consulter la savante dissertation de Furgole, pour établir l'opinion que l'article 1087 a consacrée [1].

La raison qui avait fait naître ces dissentiments était prise de ce que dans les pays de droit écrit le père était obligé de pourvoir à l'établissement de son enfant, et qu'en donnant il devait être présumé avoir voulu, non pas précisément et uniquement faciliter un mariage en particulier, mais plutôt assurer d'une manière générale l'établissement de son fils [2]. Mais Furgole repoussait très-bien cette interprétation. L'obligation où est le père d'établir son enfant, laisse au père l'appréciation des circonstances qui rendent un établissement convenable. Il donne en vue et en considération d'un mariage qu'il approuve ; si ce mariage manque, la donation doit lui faire retour, sauf le droit du fils de demander ultérieurement une donation ou une dot, selon les facultés de son père, lorsqu'il trouve une occasion nouvelle et opportune de s'établir.

Aujourd'hui la difficulté ne peut plus se présenter, non pas seulement parce que l'art. 1088 la tranche formellement, mais encore parce que le père n'étant plus obligé de pourvoir à l'établissement de son fils [3], donne, ainsi que le ferait un étranger, en vue d'un mariage déterminé qu'il veut encourager.

2473. Nous disions tout à l'heure que notre article embrasse non-seulement les donations faites par contrat de mariage, mais encore les donations faites en faveur du mariage, quoique en dehors de ce contrat. En cela notre article est plus large que l'art. 1087, qui ne concerne que les donations faites par contrat de mariage [4]. La raison en est que, quelles que soient les circonstances dans lesquelles intervient la donation, elle manque de cause, quand le mariage, qui est son objet essentiel, ne se réalise pas.

On remarquera, du reste, que toute donation faite par contrat de mariage est réputée faite en faveur du mariage, tandis que la donation faite en dehors du contrat de mariage n'est considérée comme faite sous la condition du mariage, quo si le donataire exprime qu'il a été déterminé par la considération du mariage projeté [5].

Il y a une autre observation à faire. Quand la donation est faite par contrat de mariage, il est clair qu'elle n'a en vue taxativement que le mariage qui fait l'objet du contrat ; de sorte que si ce mariage manque, la donation ne saurait s'appliquer à un autre mariage.

Mais dans une simple donation en faveur de mariage, les circonstances peuvent faire que la donation ait plutôt en vue le mariage quelconque du donataire que tel mariage en particulier.

La jurisprudence nous offre un exemple de ceci. Le sieur Foy, chanoine de Beauvais, fait à son neveu Carette, en considération de son mariage, une donation de 3,000 livres avec rétention d'usufruit. Carette était alors en pourparler de mariage. Il donne à son oncle un écrit dans lequel il reconnaît que c'est en considération de son futur mariage que la donation lui a été faite et que si ce mariage ne se réalise pas, il renonce à s'en servir. Le mariage manque. Dix ans plus tard, Carette se marie, et l'oncle étant mort, les héritiers soutenaient que la donation de 3,000 liv. était caduque, le mariage qu'elle avait en vue ne s'étant pas fait. Ils argumentaient en particulier de la persistance de l'oncle à conserver la reconnaissance de son neveu. Mais on répondait que l'oncle avait voulu surtout le mariage de Carette, qu'il avait vu le second mariage sans montrer aucune intention de se servir du billet. Sur les conclusions conformes de M. de Lamoignon, avocat général, il intervint un arrêt à la date du 25 août 1694 qui maintint la donation [6].

2474. La caducité s'applique même aux donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, et qui ne sont faites qu'en considération d'un mariage projeté [7].

En voici un exemple curieux : le 15 septembre 1813, une dame veuve Delamotte vendit au sieur Desmares une ferme située en Normandie, moyennant le prix de 40,000 francs. Il était dit dans le contrat passé devant notaire, que le prix avait été payé, savoir : 10,000 fr. avant la passation de l'acte, 20,000 fr. au moment même de l'acte et en présence du notaire, et que les 10,000 fr. de surplus resteraient entre les mains de l'acheteur, pour payer des créanciers hypothécaires de la dame Delamotte. Dès avant cette vente il existait un projet de mariage entre le sieur Desmares et la dame Delamotte. Le 21 septembre 1813, c'est-à-dire quelques jours

[1] Quest. 23.

[2] Les auteurs que cite Furgole, loc. cit. Brillon, *v° Donat.*, n° 190.

[3] Art. 204 du C. Nap.

[4] *Suprà*, n° 2470.

[5] Delvincourt, t. II, p. 419, édit. de 1834.

[6] Brillon, *v° Donat.*, n° 189.

[7] Cassat., ch. civ., 7 mars 1820 (Devill., 6, 1, 499).

après la vente, des conventions matrimoniales furent en effet arrêtées entre les mêmes parties. Dans ce contrat la dame Delamotte se constitue pour tous apports une somme de 1,800 francs et le sieur Desmarest déclare ne posséder que 10,900 francs de fortune. Ni l'un ni l'autre ne faisaient mention, l'un de l'immeuble qu'il venait d'acquérir, l'autre des sommes qu'elle devait avoir reçues quelques jours auparavant pour prix de cet immeuble.

Ultérieurement le sieur Desmarest, qui était déjà en possession de l'immeuble à lui vendu, a refusé de se marier à la dame Delamotte.

Le 4 mars 1816, la dame Delamotte a fait assigner le sieur Desmarest, devant le tribunal de Bayeux, en délaissement de l'immeuble par elle vendu, sur le motif que l'acte de vente du 15 septembre 1815 n'était qu'une donation en vue du mariage alors convenu entre les parties, et caduque puisque le mariage n'avait pas eu lieu.

Le tribunal, par jugement du 23 août 1816, constate que : « De la réunion de toutes les circonstances qui ont précédé, accompagné et suivi cette vente, il résulte qu'il n'y a jamais eu de la part de la dame veuve Delamotte volonté sérieuse de transporter à Desmarest à titre de vente, les biens dont il s'agit, non plus qu'un consentement formel de la part de celui-ci d'en payer la valeur; que la dame Delamotte n'a eu d'autre but que d'avantager Desmarest dans l'espoir du mariage qu'elle devait contracter. » En conséquence, le tribunal fait à la cause application de l'art. 1088 du Code.

Sur l'appel interjeté par le sieur Desmarest, la cour de Caen a rendu un arrêt confirmatif en date du 30 août 1817, et le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté le 7 mars 1820.

2475. C'est le non-accomplissement du mariage qui fait évanouir la donation. Il est donc clair que cette donation est frappée de caducité quand le mariage n'a pas été célébré. Mais en est-il de même quand le mariage, après avoir été célébré, est déclaré nul?

Nous n'hésitons pas à le croire : il n'y a pas de différence, pour le cas qui nous occupe, entre un mariage qui n'est pas célébré, et celui qui est nullement célébré. Dans l'un et l'autre cas la condition est défaillie.

L'art. 1088 nous fournit une raison puissante de le décider ainsi. La donation faite en

faveur du mariage, a le mariage pour condition et pour cause finale. Or le mariage n'existe pas; il n'a jamais eu d'existence régulière; le jugement d'annulation a révélé et non créé le vice qui l'infestait dès l'origine. La libéralité dont il s'agit manque donc de cause; la condition, sous laquelle elle a été faite, a fait défaut [1].

Il n'y a pas à distinguer si le donateur savait ou ne savait pas l'empêchement au mariage. S'il l'ignorait, il faut venir au secours de sa bonne foi; s'il le connaissait, il faut supposer, que, dans sa pensée, le vice devait rester couvert et ne pas éclater par une nullité du mariage.

2476. Delvincourt partage notre opinion [2]; mais il veut que la donation soit révoquée « entre les parties seulement, et sans préjudice des droits que des tiers de bonne foi ont pu acquérir sur les biens donnés. » Cette limitation est arbitraire : soit que l'on considère la donation faite en faveur d'un mariage qui ne s'est pas réalisé, comme nulle faute de cause ou comme écaduque par la défaillance d'une condition suspensive, il est impossible d'attribuer quelque effet à la donation [3].

Le donataire n'a jamais été en réalité propriétaire des biens donnés; il a seulement paru l'être aux yeux de ceux qui ignoraient la nullité du mariage. Il n'a pas pu transférer à des tiers un droit qu'il n'avait pas lui-même. Les tiers qui ont traité avec le donataire ne peuvent pas davantage dans leur bonne foi un droit que le contrat ne leur a pas conféré. Il n'y a donc pas de raison pour que les biens donnés ne retournent pas au donateur, dans le cas prévu, du moins s'ils sont immeubles. S'ils sont meubles, les tiers de bonne foi invoqueront l'art. 2279.

2477. Après avoir examiné le cas de la nullité du mariage, posons le cas où, le mariage subsistant, la nullité tombe sur le contrat de mariage relatif aux intérêts pécuniaires des époux. Ici il ne s'agit plus de la caducité de la donation. C'est seulement une nullité de forme de cette donation que nous allons toucher.

Pour résoudre cette question il faut parcourir quelques hypothèses :

Le contrat de mariage peut être nul parce qu'il manque des formalités extérieures exigées pour le contrat et même pour une simple donation ; par exemple : le contrat a été fait par acte sous seing privé, au lieu d'être fait par un acte notarié. Dans cette hypothèse que nous avons

[1] Arrêt du parlement de Paris, du 16 janvier 1670, dans un cas où un mariage avait été contracté dans la fausse supposition que le premier était dissous. Brillon, *v. Donat.*, n° 188, p. 789, col. 2.

[2] T. II, p. 419, note 1 de la p. 110.

[3] Arg. de l'art. 954, C. Nap. *Supra*, n° 1299 et 295. La caducité opère plus énergiquement encore que la résolution.

examiné ailleurs [1], il est clair que la donation est nulle, aussi bien que les conventions matrimoniales des époux.

Le contrat de mariage peut être nul, bien qu'il ait été fait par acte notarié; par exemple, lorsqu'il n'y a pas le concours effectif, réel et régulier des parties contractantes. Supposons ce cas : le contrat a été fait en l'absence d'un des futurs époux; ses parents se sont portés fort pour lui; mais aucune ratification n'est intervenue de sa part avant la célébration du mariage [2]. Dans cette seconde hypothèse quelques distinctions sont nécessaires pour arriver à la solution.

Si la donation porte sur les biens à venir ou si elle est une de celles qui ne sont permises, par exception, que dans un contrat de mariage [3], en ce cas elle est nulle. Renfermée dans un contrat qui ne vaut pas comme contrat de mariage, elle suit le sort de l'acte annulé [4]. Mais si la donation porte sur les biens présents du donateur, il n'y a pas impossibilité que cette donation vaille; et elle vaut quand elle est constatée par un acte notarié qui, bien qu'il soit nul comme contrat de mariage, vaut cependant comme acte de donation ordinaire. Supposons que le donateur soit mineur et non présent, la donation ne sera pas nulle si elle a été acceptée pour lui par ses père et mère [5]. Si elle ne se soutient pas à titre de contrat de mariage, elle prendra sa force dans le contrat de donation de biens présents.

Que si au contraire la donation, nulle à titre de contrat de mariage, manque des formalités voulues pour les donations ordinaires, rien ne pourra la protéger.

C'est ce qu'a jugé la cour de Toulouse dans une espèce où une donation de somme d'argent avait été faite par contrat de mariage à l'un des époux absent. Comme cette donation n'avait pas été acceptée par le donataire, ainsi que l'exige le droit commun, la cour en prononça la nullité [6].

2478. Revenons à la caducité de la donation.

Pour que la condition qui empêche la caducité soit réputée légalement accomplie, il n'est pas nécessaire que le mariage se célèbre du vivant du disposant, et l'on ne saurait dire qu'il arrive trop tard si le disposant est prédécédé.

Quelque évidente que soit cette proposition, elle a cependant été controversée dans l'ancien droit. On avait eu l'idée de prétendre que la disposition était caduque, parce que les futurs époux n'étaient saisis du droit résultant de la donation ou de l'institution qu'après la célébration du mariage; qu'il fallait par conséquent que le disposant fût encore à ce moment propriétaire et capable de transférer le droit objet de la donation.

Mais, répondait Chabrol [7], « la célébration du mariage est à la vérité une condition de l'institution : mais pour l'accomplissement de la disposition, il n'est pas nécessaire que cette condition arrive pendant la vie de l'instituant : on peut donner sous une condition qui ne s'effectue qu'après la mort de celui qui donne... Si l'instituant ne peut pas révoquer la disposition dans l'intervalle du contrat à la célébration..., sa mort ne doit pas opérer plus d'effet. »

Il cite des arrêts qui l'ont ainsi jugé [8].

Il est à peine nécessaire de dire que, sous l'empire du Code Napoléon, la solution doit être la même et repose sur les mêmes motifs [9].

2479. A plus forte raison, l'incapacité de donner, survenant dans la personne du donateur, entre le contrat et le mariage, serait-elle sans influence sur la donation ou l'institution contractuelle. Le rôle du donateur est terminé, et les événements qui affectent sa personne après la disposition légalement faite, ne sauraient réagir sur l'accomplissement de la donation par le donataire.

[1] Vay, notre Commentaire du *Contrat de mariage*, n° 187.

[2] Notre Comment. du *Contrat de mariage*, n° 180 et 194.

[3] Art. 1082 à 1086 du C. Nap.

[4] Nîmes, 8 janvier 1850 (Devill., 50, 2, 91).

[5] Art. 935 du C. Nap.

[6] Toulouse, 20 juillet 1892 (Deville., 32, 2, 450).

Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté le 29 mai 1854 (Deville., 54, 1, 457). Mais la cour de cassation ne se prononce pas sur notre difficulté.

[7] Cout. d'Auvergne, ch. 14, art. 26, vers. 2.

[8] Vay, dans le même sens Aix sur Bourbonnais, art. 216, n° 35, 36 et 57.

[9] Grenier, n° 428. Vazeille sur l'art. 1088, t.

ARTICLE 1089.

Les donations faites à l'un des époux, dans les termes des art. 1082, 1084 et 1086 ci-dessus, deviendront caduques, si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité.

SOMMAIRE.

2480. Division du sujet.
 2481. Les donations de biens présents ne sont pas esduques par le prédécès du donataire.
 2482. Le prédécès du donataire rend caduques les institutions contractuelles et les donations cumulatives.
 2483. Qu'elles donations de biens présents sous des conditions potestatives ? Elles sont aussi esduques.
 2484. Le dessaisissement du donateur n'est pas une objection sérieuse.
 2485. Objection tirée du texte de l'art. 1086. Réfutation.
 2486. Dans une donation actuelle sous une réserve, la caducité n'atteint que la chose dont la disposition est réservée.
 2487. Quel est l'événement qui opère la caducité ? Le prédécès du donataire et de sa postérité.
 2488. De quelle postérité s'agit-il ? De celle du mariage favorisé par la donation.
 2489. Si le donataire a survécu au donateur, les biens par lui recueillis passent à ses enfants de quelque mariage qu'ils soient issus.
 2490. Un enfant adoptif ne fait pas obstacle à la caducité.
 2491. De l'enfant légitime.
 2492. De la condamnation du donateur à une peine afflictive perpétuelle.
 2493. De la disparition et de la déclaration d'absence du donateur.
 2494. De la condamnation du donataire à une peine afflictive perpétuelle.
 2495. De la disparition du donataire.
 2496. Effet de la caducité. La femme du donataire conserve-t-elle une hypothèque subsidiaire pour sa dot ? De l'institution contractuelle et de la donation cumulative.
 2497. Du cas où le donateur s'est dessaisi de son vivant.
 2498. Arrêt de la cour de cassation dans une espèce toute spéciale.
 2499. Du cas où la donation est de biens présents sous des conditions potestatives.

COMMENTAIRE.

2480. L'article 1089 prononce la caducité de certaines donations faites par contrat de mariage, s'il arrive que le donataire meure sans postérité avant le donateur.

Le commentaire de cet article comporte trois recherches. Quelles sont les donations auxquelles il s'applique ? Quel est l'événement qui entraîne la caducité de ces donations ? Quel est l'effet de la caducité ?

2481. Il est d'abord évident que les donations de biens présents dont le caractère n'a été altéré par aucune condition portant atteinte à leur irrévocabilité, sont à l'abri des conséquences du prédécès du donataire. Elles ont produit tout leur effet. Il y a eu aliénation irrévocable, dessaisissement actuel, translation consommée de la propriété. Ces sortes de donations restent donc sous l'empire du droit commun. Notre article le déclare expressément, et la raison le déclare avant lui. Quand on donne à quelqu'un purement et simplement, on donne à lui et à ses héritiers quels qu'ils soient. Et comme le donataire a été saisi de son vivant, il est évident qu'il transmet son droit à ceux qui lui succèdent.

Cependant le tribunal de Privas avait cru pouvoir appliquer l'article 1089 à une donation de biens présents faite dans un contrat de mariage à une future épouse par ses père et mère.

La donataire était morte avant les donateurs, laissant un enfant, mort lui-même peu de temps après. Le débat existait entre les donateurs et le père, héritier naturel de cet enfant. Le tribunal, pour donner raison aux donateurs, avait invoqué l'article 1089 et de plus s'était appuyé sur cette circonstance que la donation avait été faite en avancement d'hoirie, que les donateurs avaient voulu que le rapport en fût fait à leur succession, et qu'il serait contraire à l'intention des donateurs que les biens passassent à un tiers non successible, affranchi du rapport ; de sorte que le tribunal se fondait non-seulement sur l'article 1089, mais encore sur un droit de retour tacitement convenu, pour décider que les biens donnés devaient revenir aux donateurs en cas de prédécès du donataire et de sa postérité.

Mais, sur l'appel, la cour de Nîmes (1) a rétabli les vrais principes, en décidant qu'un droit de retour, aux termes de l'article 951, devait être expressément stipulé, et que, « la caducité » prononcée par l'article 1089, taxativement « restreinte aux donations énoncées aux articles 1082, 1084 et 1086, ne peut être étendue

[1] Arrêt du 14 mai 1819 (Devill., 6, 2, 74).

« à une donation entre-vifs de biens présents,
 « ou à une donation particulière d'une somme
 « déterminée dont le donataire se trouve saisi
 « au moment même de l'acte; de sorte que le
 « donataire venant à décéder avant le donateur,
 « le premier n'en transmet pas moins irrévoca-
 « blement à ses propres héritiers la chose à lui
 « donnée, si le second, bien qu'il lui survive,
 « n'a pas eu la précaution de s'en réserver le
 « retour, et que cette hypothèse s'est vérifiée
 « dans l'espèce présente. »

2482. Mais s'il est clair que la caducité n'affecte pas la donation de biens présents faite purement et simplement, il n'est pas moins manifeste qu'elle affecte l'institution contractuelle et la donation de biens présents et à venir. Ce sont des dispositions qui ne s'ouvrent qu'à la mort du donateur et qui se trouvent mêlées de certains éléments propres aux testaments. Il faut donc que le bénéficiaire existe à cette époque; sinon on leur applique les dispositions relatives aux legs, et la donation tombe [1].

Il en était autrement dans les donations de biens présents et à venir faites en pays de droit écrit, où l'on considérait qu'il y avait deux donations, l'une irrévocable quant aux biens présents, l'autre à cause de mort, quant aux biens à venir [2].

Furgole enseigne que si le donataire décédait avant le donateur, il transmettait à ses héritiers son droit sur les biens présents [3], et que la donation n'était caduque que pour la partie de la donation relative aux biens à venir [4].

Mais le Code Napoléon ne pouvait adopter une pareille distinction. La donation de biens présents et à venir forme un ensemble dont les parties sont solidaires, à moins qu'au décès du donateur, le donataire n'opte pour les biens présents. Mais, tant que vit le donateur, il y a unité de la donation. Or, le donataire venant à perdre son droit d'option par son prédécès, laisse la donation dans son état d'unité originaire, et elle est caduque pour le tout.

2483. En est-il de même des donations de biens présents, sous des conditions potestatives de la part du donateur, par exemple sous la charge de payer indistinctement toutes les dettes du donateur, ou sous la réserve pour le donateur de la faculté de disposer en tout ou en partie des biens donnés? L'article 1089 résout cette question. Il applique la caducité aux donations faites dans les termes de l'article 1086 qui au-

torise les donations exceptionnelles que nous avons en vue.

Il importerait peu que la condition potestative fût résolutoire ou suspensive. Dans l'un et l'autre cas, la donation est caduque. Car la condition de survie du donataire ou de ses enfants est inhérente à ces sortes de donations. Quelles qu'elles soient, elles empruntent à la matière des legs la disposition formulée dans l'article 1039. Notre article 1089 les met, à cet égard, sur la même ligne.

Supposons que Pierre donne à son frère qui se marie ses immeubles consistant en deux fermes et un bois taillis, avec rétention d'usufruit sa vie durant et avec réserve de pouvoir disposer de certaines portions de ces immeubles. Il est évident que si le donataire décède avant le donateur, sans postérité, ce donataire n'a pu transmettre à ses héritiers un droit qui ne pouvait lui être acquis qu'en cas de prédécès du donateur sans avoir disposé des choses réservées. De sorte qu'à l'égard de ces réserves, la donation est caduque par le prédécès [5].

Supposons encore que Pierre donne à son frère qui se marie deux immeubles désignés et dont il le met en possession, à condition qu'il payera les dettes que le disposant aura à son décès. Ici, comme tout à l'heure, la donation est caduque par le prédécès du donataire. « Une telle donation, comme dit Ferrières [6], pourrait plutôt passer pour une donation à cause de mort, laquelle ne prend sa force que du jour du décès du testateur. » Et puisqu'elle rentre par ce côté important dans la classe des legs, elle en doit subir les conséquences.

2484. Il est vrai que, dans ces différents cas, le donateur a livré la chose et qu'il y a eu un commencement de dessaisissement; ce qui, au premier coup d'œil, paraît s'accorder difficilement avec l'idée de caducité, laquelle suppose une impossibilité ou un refus de recevoir [7]. Mais ceci n'est pas une objection sérieuse. Puisque la donation est soumise à une condition dépendante de la volonté du donateur, elle ne produit véritablement des effets complets qu'au décès de ce même donateur. C'est véritablement à ce moment qu'il est permis de savoir s'il y a donation ou s'il n'y en a pas. Or, comment le donataire pourrait-il recevoir le don, puisqu'il n'existe plus? Comment aurait-il pu transmettre à ses héritiers collatéraux un droit qui n'était pas formé à son décès? Comment ces mêmes

[1] Voy. *supra*, nos 2394, 2398.

[2] *Supra*, n° 2387.

[3] Sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1731, t. V, p. 167.

[4] *Loc. cit.*

[5] Ferrières sur Paris, art. 274, n° 45, p. 1245.

[6] *Id.*, n° 47.

[7] *Supra*, n° 2121.

héritiers pourraient-ils aller puiser leur titre dans un acte qui tient de la nature des dispositions à cause de mort, lesquelles sont toujours censées faites à la personne même [1] ?

N'est-il pas clair que le donateur qui, tout en voulant favoriser le mariage, n'a pas voulu se dépouiller entièrement et qui n'a fait que des dispositions révocables, s'est préféré aux héritiers indirects du donataire et que sa volonté de gratifier ne dépasse pas les époux et les enfants du mariage ? Sans doute il ne faut pas multiplier les causes d'instabilité pour la propriété : mais il ne faut pas non plus pervertir l'intention des disposants et la nature des actes. Nous verrons tout à l'heure que l'avis du conseil d'État du 22 décembre 1809 [2] prévoyant le cas où une donation universelle a été suivie de la délivrance des biens présents, n'hésite pas à lui appliquer l'art. 1089 dans le cas du prédécès du donateur qui a consenti à s'en dessaisir. Cet avis du conseil d'État offre un argument décisif pour notre question. Il prouve que les effets présents attachés à une donation précaire n'empêchent pas l'art. 1089 de la dominer.

Nous disons donc que la donation tombe, ou, pour nous servir des expressions d'Ulpian, *cecidit ab eo* [3]. Nous disons que cette donation est anéantie avant d'avoir atteint son résultat définitif. Sans doute le mot *caducité* ne convient pas aux donations de biens présents actuelles, irrévocables, définitives, consommées ; mais il s'adapte *lato sensu* à des donations qui, malgré un commencement d'exécution, n'ont fait entrer le donataire que dans une expectative incertaine, dans une possession que la volonté du donateur pouvait lui retirer.

2485. Mais, dit-on, l'art. 1086 auquel renvoie l'art. 1089, semble cependant condamner cette rigueur. S'occupant, en effet, de la réserve de disposer, il dit : « Si le donateur meurt sans avoir disposé de l'effet ou de la somme, ils seront censés compris dans la donation, et « appartiendront au donataire ou à ses héritiers. » Ne résulte-t-il pas de là que si le donataire n'existe pas au décès du donateur, ce sont ses héritiers qui profitent du bénéfice de la réserve ? Et si les héritiers ont un droit acquis dans ce cas, comment ne pas croire qu'ils l'ont dans tous les autres où il s'agit de conditions potestatives analogues ?

A cette objection la réponse est facile. On sait que les donations par contrat de mariage sont

censées faites non-seulement *respectu personarum donatarum*, mais encore en considération de ses enfants qui lui sont toujours substitués vulgairement. Et c'est ici une différence entre les dispositions testamentaires ordinaires et les dispositions par contrat de mariage. Car dans les premières le prédécès du seul légataire suffit pour faire évanouir la disposition, au lieu que dans les secondes il faut le prédécès du donataire et de sa postérité (art. 1089).

L'art. 1086 a donc eu raison de supposer qu'à la mort du donateur il y aurait parfois des héritiers du donataire à qui le bien dont le donateur n'aurait pas disposé appartiendrait. L'art. 1086, loin d'être en opposition avec l'art. 1089, se lie au contraire avec lui par le plus logique enchaînement.

En voilà assez sur une question qui n'aurait pas dû être soulevée en présence des termes si généraux de l'art. 1089 et de l'avis du conseil d'État du 22 décembre 1809 [4].

2486. Il va sans dire, du reste, que lorsque dans une donation de biens présents, le donateur s'est réservé la faculté de disposer de quelques-uns seulement des biens donnés, la caducité prononcée par l'art. 1089 ne s'étend pas au delà des biens dont le donateur a retenu la disposition, et que le reste de la donation est acquis définitivement au donataire et transmissible à ses héritiers quels qu'ils soient [5]. Cette donation est gouvernée par deux droits différents pour les différentes parties qui la composent : par le droit commun pour la partie irrévocable, par le droit spécial au contrat de mariage pour la partie qui est révocable à la volonté du donateur.

2487. Passons maintenant à l'événement qui opère la caducité.

Notre texte dit que la caducité a lieu quand le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité : ce qui naturellement embrasse deux cas, celui où le donataire meurt et ne laisse aucune postérité, et le cas où le donataire laisse, en mourant, une postérité qui meurt elle-même avant le donateur.

Ici notre article a fait, en faveur des enfants, une exception qui n'existe pas à leur profit dans la matière des legs et testaments. Il les appelle pour prendre la place de leur auteur par une substitution virtuelle. En effet celui qui dote un mariage agit dans l'espoir qu'il sera fécond. Sa libéralité se reporte autant sur les enfants que sur les époux eux-mêmes [6].

[1] *Suprà*, n° 2121.

[2] N° 2197.

[3] *Ulp., Regul., lib. 17, § 1. Suprà*, n° 2121.

[4] Tel paraît être le sentiment de Duranton, t. IX, n° 741; Toullier, t. V, n° 826; Zachariæ, § 738, t. V,

p. 302. *Contrà*, Coin-Delisle sur l'art. 1089 et Marcadé sur ce même article.

[5] *Suprà*, n° 2483, Duranton, t. IX, n° 741.

[6] *Suprà*, n° 2337.

2488. Le mot « postérité » dont se sert notre article a fait naître du doute. L'époux donataire peut laisser une postérité issue du mariage en faveur duquel la donation a été faite, ou une postérité issue d'un autre mariage. Le législateur entend-il parler de la première seulement ou de toutes les deux ?

Nous avons exposé ci-dessus la doctrine et la jurisprudence à propos de l'institution contractuelle (1) ; tout ce que nous avons dit là-dessus est applicable à la donation des biens présents et à venir, et autres donations dont parle l'article 1089.

Il ne faut pas s'arrêter à ce qu'enseigne Chabrol, en commentant une disposition analogue à la nôtre. La coutume d'Auvergne disait (2) : « Et saisissent lesdites donations et dispositions » apposées... au profit des contractants ledit » mariage... et descendants d'eux tant seulement. » Sur quoi Chabrol fait l'observation suivante : Si le donataire en mourant laisse des enfants de deux lits, la donation profitera exclusivement aux enfants nés du mariage en faveur duquel elle a été faite. Mais si le mariage favorisé par la donation a été stérile, et que le donataire ne laisse que des enfants d'un autre lit, ces derniers empêcheront la donation d'être caduque et la recueilleront. C'est ainsi que Chabrol interprète une note ajoutée par Dumoulin à la coutume et ainsi conçue : *Ex quocumque matrimonio*.

Mais cette opinion n'est pas soutenable, au moins en ce qui a trait au Code Napoléon. Il n'y a d'appelés que les enfants issus du mariage qui a fait l'objet de la libéralité. Le donateur n'a voulu doter qu'un seul mariage. Un second mariage a été hors de ses prévisions et de ses vœux.

Lehrun n'avait pas été aussi loin que Chabrol : il n'étendait la libéralité aux enfants d'un second mariage qu'autant que la libéralité émanait d'un père qui, par le contrat de mariage de son fils institué son héritier, avait substitué les enfants mâles qui naîtraient du mariage. Il pensait que « cette substitution devait s'étendre aux enfants » d'un second mariage du fils, au cas qu'il n'en eût pas du premier, dans le contrat duquel la substitution avait été faite (3). » Il s'appuie sur cette circonstance, que l'auteur de l'institution est un ascendant « à qui les enfants mâles » d'un second lit de son fils sont aussi chers que

« ceux d'un premier lit. » Nous avons vu ci-dessus ce sentiment exprimé dans un arrêt de la cour de Bourges (4). Nous ne saurions l'adopter même dans ce cas restreint. De Laurière adopte à toutes ces solutions un raisonnement irrésistible :

« La substitution vulgaire tacite qui a pour » fondement la volonté présumée de celui qui a » fait la disposition, ne peut pas avoir plus d'ef- » fet que la substitution vulgaire expresse. Or, » si celui qui est intervenu dans le second ma- » riage du père avait substitué vulgairement » et expressément le fils du premier lit, au cas » que le père mourût sans enfants du second, » cette disposition aurait été nulle, parce que » les institutions ne valent... dans les contrats » de mariage, que quand elles sont faites en » faveur des conjoints seuls ou des enfants issus » de leur mariage et non à l'égard de toutes » autres personnes (5). »

On voit que ce raisonnement attaque la doctrine contraire dans sa base. Il la renverse à tous les points de vue ; et lors même que ce serait le père qui aurait fait la donation, l'argument de de Laurière aurait toute sa valeur. D'ailleurs, comme nous l'avons dit, tous les mariages ne sont pas égaux dans l'affection du père, et ce qu'il a fait pour l'un n'est pas une règle nécessaire pour un mariage suivant (6).

Au surplus, ce qu'il y a de vague dans le mot « postérité », employé par l'art. 1089, se trouve précisé par l'art. 1082, qui décide que l'institution contractuelle pourra se faire « tant au pro- » fit desdits époux, qu'au profit des enfants à » naître de leur mariage, dans le cas où le do- » nateur survivrait à l'époux donataire (7). » Les enfants d'un autre mariage ne sont donc pas appelés à représenter *jure suo* le père prédécédé. Ce n'est pas pour eux que la libéralité a été faite. Elle ne regarde, comme dit Coquille, « que la lignée qui doit issir du mariage, qui » est la cause finale de ce mariage (8). »

2489. Ceci ne veut pas dire que lorsque le donataire survit au donateur et recueille la donation, les enfants du second lit n'auront pas part aux objets donnés qui se trouveront dans sa succession. Il est certain, au contraire, qu'à sa mort, le don ainsi recueilli se divisera, ainsi que tout le patrimoine, entre les enfants du donataire, de quelque mariage qu'ils soient issus. Les

(1) *Supra*, n° 2357.

(2) Ch. 14, art. 17.

(3) *Suarez*, liv. 3, ch. 2, n° 12.

(4) N° 2337.

(5) *Inst. contr.*, ch. VIII, n° 38.

(6) Sur la quest. en général, voyez Coquille sur le *Nivernais*, lit. 27, art. 12. Bourjon, *Droit commun*, lit.

Inst. contr., 2, lit. 3, ch. 4, n° 4. Aurox des Pommiers, sur *Bourbonnais*, art. 219. Pothier, *cout. d'Orléans*, intr. au lit. XVII, n° 28. Mejlun, *Répert.*, v° *Inst. contr.*, § 12, n° 9.

(7) Voy. encore l'art. 1093 du C. Nap.

(8) *Loc. cit.*

biens eu effet ont perdu leur origine; ils forment une partie intégrante de la succession du donataire et passent à ses héritiers quelconques (1).

2490. Puisque les enfants d'un mariage autre que celui en faveur duquel la donation a été faite ne font pas obstacle à la caducité de la donation, à plus forte raison en est-il de même d'un enfant adoptif du donataire. Il n'est pas né du mariage en faveur duquel la donation a été faite. Il n'est pour rien dans les causes finales de la donation (2).

2491. Quant à l'enfant naturel légitimé par le mariage en considération duquel la donation ou l'institution a été faite, il est compris dans la substitution vulgaire; il doit être traité en tout comme un enfant du mariage.

2492. Avant la loi du 31 mai 1854, si la mort du donataire, quoique antérieure à celle du donateur, avait eu lieu après que ce dernier avait été frappé de mort civile, le donataire serait décédé en ayant déjà recueilli son droit à la donation et l'aurait transmis à ses héritiers. Car alors la mort civile, aussi bien que la mort naturelle, ouvrirait la succession du mort civil et donnait effet à ses dispositions à cause de mort. Aujourd'hui, la peine qui remplace la mort civile n'ouvre plus la succession du condamné. L'effet de l'institution ou d'une donation de biens présents et à venir que ce condamné a faite, doit être attendu jusqu'à sa mort, et tant que cet événement n'est pas arrivé, le décès du donataire et de sa postérité entraîne la caducité (3).

2493. *Quid* si le décès du donataire arrive après que le donateur a disposé sans donner de ses nouvelles? Comme la disparition d'une personne ne donne ouverture aux droits subordonnés à son décès qu'après la déclaration de l'absence, ce n'est qu'après le jugement qui prononce cette déclaration que le donataire et l'institué entreront en possession des biens qui leur ont été promis (4). Et d'un autre côté, la déclaration d'absence faisant considérer la succession de l'absent comme ouverte au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles (5), c'est à ce moment qu'il faut rechercher si le donataire ou les descendants du mariage existaient. Leur décès, postérieur à cette date, n'empêcherait pas l'ouverture provisoire de la disposition au profit de leurs ayants cause.

2494. Nous avons parlé jusqu'ici de la mort naturelle du donataire arrivée avant l'ouverture de la succession du donateur.

Avant la loi du 31 mai 1854, la mort civile du donataire opérait caducité en vertu de l'article 1089, comme sa mort naturelle. Car il était désormais incapable de recueillir une donation ou un legs. Aujourd'hui, bien que la mort civile soit abolie, la décision n'est pas pour cela changée. Le condamné à une peine afflictive perpétuelle n'est plus, il est vrai, mort civilement; mais il est toujours incapable de recevoir une libéralité (6). Par conséquent, s'il est encore dans le même état, s'il n'a pas été réhabilité au moment de la mort du donateur ou de l'instituant, la disposition tombera, à moins qu'il n'y ait des enfants du mariage, auquel cas ils prendront *jure suo* la place de leur auteur.

2495. Supposons, maintenant, que le donataire disparaisse sans nouvelles, et que son existence soit incertaine lors de la mort du donateur, la donation ou institution sera caduque à l'égard de ce donataire, tant que son existence, au moment de l'ouverture du droit, ne sera pas démontrée. Ce cas tombe sous l'application de l'art. 135, lequel statue sur les droits éventuels qui compétent à l'absent après sa disparition (7).

2496. Arrivons aux effets de la caducité.

Dans la stricte acception des mots, une disposition est caduque quand on ne la recueille pas (8). Il ne faut pas la confondre avec celle qui, après avoir été recueillie, est enlevée au bénéficiaire par un droit de résolution ou par un droit de retour.

Si l'on applique ceci à l'institution contractuelle ou à la donation de biens présents et à venir, il en résulte que le prédécès du bénéficiaire fait tomber la disposition avant qu'elle ait fait passer dans ses mains les avantages qui y sont attachés. Parlant de là, s'il arrive que la libéralité ait été faite à un futur époux qui ensuite prédécède, le donataire ou l'institué est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur les choses comprises dans la disposition; ces choses n'ont pas fait impression sur sa tête, et c'est par conséquent en vain que sa femme prétendrait sur eux hypothèque légale. Ici ne s'applique pas l'art. 932 du Code Napoléon qui, lorsque s'opère le retour de biens donnés par contrat de mariage, accorde sur eux, par une favorable

(1) Chabrol sur Auvergne, ch. 14, art. 17, t. II, p. 285.

(2) Duranton, t. IX, n° 749.

(3) *Supra*, n° 2121 (note).

(4) Duranton, t. IX, n° 540.

(5) Art. 130 du C. Nap.

(6) Art. 3, loi du 31 mai 1854. Voy. ce que nous avons dit *supra*, n° 311. *Comparez* art. 1045.

(7) Duranton, t. IX, n° 790.

(8) *Supra*, n° 2121.

exception, une hypothèque subsidiaire à la femme [1]. Notre article ne prévoit pas un cas de retour; il s'occupe d'un cas de caducité, ce qui est tout différent.

Maleville enseigne, cependant, que si un futur époux donataire de biens présents et à venir décède avant le donateur, la femme conserve son hypothèque légale sur les biens présents compris dans la donation [2]. Mais c'est là une erreur dont la cause est tout entière dans la fausse idée que Maleville se faisait de la donation de biens présents et à venir sous le Code Napoléon. Car il attribue à cette disposition un effet actuel en ce qui concerne les biens présents; effet qu'il emprunte aux souvenirs des pays de droit écrit [3]; et, sous l'influence de ce quiproquo, il veut, par argument de l'art. 932, que l'hypothèque de la femme ait saisi ces biens en temps utile, et qu'elle ne puisse perdre des effets consommés avant le décès.

Mais nous avons prouvé que le système des pays de droit écrit a été proscrit par le Code, qu'aujourd'hui la donation des biens présents et à venir est, dans son ensemble, différée et suspendue jusqu'à la mort du disposant [4]. Si donc le donataire meurt avant cette époque, cet événement fait évanouir la donation, et la femme du donataire ne conserve pas une hypothèque qu'elle n'avait pu acquérir sur des biens que son mari n'avait pas acquis [5].

2497. Mais que devrait-on décider si, sous le Code Napoléon, le donateur consentait à se dépouiller actuellement des biens présents? Le prédécès du donataire ne ferait-il revenir la chose dans les mains du donateur qu'avec la charge de l'hypothèque de l'épouse, conformément à l'art. 932?

Notez bien que nous ne supposons pas deux donations distinctes dans le même acte, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir; car, en pareil cas, il faudrait dire que le prédécès du donataire ne ferait pas évanouir la donation de biens présents, et que le droit du donataire est passé à ses héritiers, ainsi que l'enseignait Furgole pour les pays de droit écrit [6].

Mais nous supposons que le donateur a entendu faire une donation cumulative dont les éléments sont liés et solidaires. Le donateur, qui peut varier ses dispositions suivant l'exigence des cas, est le maître de ne pas rompre le lien qui unit cumulativement les biens pré-

sents et les biens à venir, et cependant de faire au donataire la délivrance des biens présents, afin que sa donation produise des effets successifs, sans cesser d'être solidaires. Valable ou caduque pour le tout, la donation est régie, sous le rapport du prédécès, par l'art. 1089, et ce prédécès la fait évanouir en entier. Dans ce cas, les biens dont le donateur s'est dessaisi font une sorte de retour dans son patrimoine, ainsi que cela résulte d'un avis du conseil d'Etat, du 22 décembre 1809, que nous avons déjà cité [7]. Il décide que la clause que le donataire entrera tout de suite en jouissance, insérée dans une donation de biens présents et à venir, opère mutation et fait encourir un droit proportionnel d'enregistrement; mais qu'en cas de survie de la part du donateur, les biens font retour à ce dernier conformément à l'art. 1089 du Code.

On voit que cet avis du conseil d'Etat a coordonné la délivrance avec le caractère de la donation de biens présents et à venir, qui, par sa nature, est indivisible tant que vit le donateur. Il s'est bien gardé d'adopter le système des pays de droit écrit rappelé ci-dessus [8], d'après lequel la délivrance faite au donataire avait pour conséquence de le faire considérer comme tellement propriétaire, que, malgré son prédécès, il transmettait son droit à ses héritiers. Le conseil d'Etat est sagement arrivé à une solution tout autre, et sa décision s'explique par une combinaison d'aperçus divers tirés et de la convention et de l'article 1089. La convention a modifié les effets ordinaires de la donation cumulative, en ce qu'elle lui fait produire une délivrance des biens présents, qui est contraire à la nature de ce genre de libéralité. Mais, par cela seul que la donation reste cumulative, malgré cette dérogation au droit commun, qu'elle laisse subsister ce mélange et l'ensemble des biens présents et à venir, l'art. 1089 doit s'appliquer à la donation tout entière.

Or, la caducité, en faisant rentrer tous les biens dans la main du donateur, les lui restitue-t-elle sous la charge de l'hypothèque subsidiaire de la femme? Est-ce là un retour semblable à celui dont l'art. 932 régle les effets?

Telle est la question.

Remarquons bien d'abord que l'avis du conseil d'Etat précité ne renvoie pas à l'art. 932; il place la donation sous l'empire de l'art. 1089. C'est là une observation qui a une valeur qu'on

[1] *Supra*, n° 1280.

[2] *Analyse de la doctrine*, sur l'art. 1089, t. II, p. 552.

[3] *Supra*, n° 2387.

[4] *Voy. supra*, n° 2398.

[5] Duranton, t. IX, n° 756; et Coin-Delisle, sur l'art. 1089, n° 1.

[6] *Supra*, n° 2482.

[7] *Supra*, n° 2400.

[8] *Supra*, n° 2482.

ne saurait contester. Si l'art. 1089 est la seule règle de ce retour, il s'ensuit que ce n'est pas le retour ordinaire envisagé par l'art. 951. C'est un retour qu'il faut assimiler à une caducité.

Il y a une autre remarque. L'art. 952 suppose que le donateur n'a rien stipulé de contraire à la règle *donner et retenir ne vaut*, il suppose qu'il s'est dépouillé pleinement, irrévocablement, si ce n'est la réserve du retour en cas de prédécès du donataire. En pareil cas, l'effet juridique par suite duquel la chose est replacée dans les mains du donateur, mérite à juste titre le nom de retour; l'immeuble rentre dans un patrimoine d'où il était sorti. Il n'en est pas de même ici. Le donateur ne s'est dépouillé qu'en faisant peser sur la donation un caractère précaire; il a le droit tacite et inné de créer des dettes et d'épuiser par là l'émolument présent et à venir. Il a donné, mais il a retenu; la chose n'est pas sortie pleinement de son patrimoine; elle y est restée, au contraire, par un lien qui la retenait contre toutes les règles ordinaires des donations proprement dites. Est-ce là le retour envisagé par les art. 951 et 952? D'un autre côté, comment l'épouse aurait-elle des droits supérieurs à tous ceux qu'il plaira au donateur de faire peser sur les choses données et à tous les créanciers qui se présenteront à son décès? Comment donc serait-il possible que la chose, en rentrant dans les mains du donateur par le fait du prédécès, y revint grevée d'un droit d'hypothèque légale qui générerait le droit de ce même donateur de créer des dettes illimitées? Serait-il raisonnable que le donateur fût placé, par ce prédécès, dans une condition moins bonne que celle qu'il aurait eue pendant sa vie, si c'était lui qui fût prédécédé? L'art. 952 n'a donc rien à faire dans notre hypothèse. Cet article est une exception à la règle *resolutio jure dantis resolutur jure accipientis*. Et cette exception ne saurait être étendue hors des cas qu'elle prévoit. L'art. 952 suppose de la part du donateur une intention favorable à l'épouse et facile à comprendre de la part d'un donateur qui a été jusqu'à se lier irrévocablement et à préférer absolument son donataire à lui-même. Mais il n'est pas possible de la sous-entendre chez un donateur qui, en donnant, a voulu retenir, et qui s'est préféré au donataire.

Mais ceci deviendra plus clair par l'espèce que nous rapporterons au n° 2499.

2498. A cela il n'y a rien de contraire dans un arrêt de la cour de cassation, du 7 avril 1829 [1], dont j'ai consulté l'espèce sur les re-

gistres de la cour. Cet arrêt repose tout entier sur une appréciation des faits, desquels il résulte que le donateur avait entendu donner à la future épouse une hypothèque conventionnelle sur les biens donnés. Ce n'était pas l'hypothèque subsidiaire résultant de l'art. 952; c'était une hypothèque stipulée expressément; une hypothèque pleine, entière, remontant au jour du mariage et ayant une valeur acquise sur les immeubles, soit qu'ils fussent possédés par le donataire, soit qu'au cas de retour, ils rentrassent dans les mains du donateur, qui s'était formellement engagé.

Laurent Aubenque, en mariant son fils Barthélemy à la demoiselle Martinenc, avait reçu du père de celle-ci une somme de 10,000 francs formant la dot de la future épouse; et, ce qu'il y a de remarquable, elle lui avait été remise pour qu'il l'employât dans son commerce. Pour sûreté de cette remise, Laurent fit à son fils, par son contrat de mariage, une donation de biens présents et à venir avec affectation solidaire des biens présents à la restitution des 10,000 francs, dot de la future épouse. Il résultait de la combinaison de toutes les clauses du contrat de mariage que, d'une part, Laurent avait voulu se dessaisir, pour que (comme le disait la cour d'appel de Montpellier) les biens présents fissent impression sur la tête de Barthélemy, son fils; que, de l'autre, ces biens étaient arrivés dans les mains du futur, avec l'obligation de garantir la dot dont le donateur, son père, était personnellement débiteur. Ainsi donc, le droit de retour stipulé par le père en cas de prédécès de son fils ne pouvait en aucune manière ébranler le droit de l'épouse, puisque ce dernier militait avec autant de force contre le donateur, obligé personnel, que contre le donataire. Je répète que l'art. 952 ne fut invoqué par personne, et le procès roulait non sur une question de droit, mais sur une interprétation de convention.

2499. Voyons, maintenant, comment agit l'art. 1089 sur les donations non cumulatives, soumises aux conditions potestatives autorisées par l'art. 1086.

Par exemple, Primus a donné à Secundus, par contrat de mariage, deux domaines dont il se dessaisit; mais il lui impose la condition de payer les dettes qu'il laissera à son décès. Secundus meurt sans enfants, avant Primus. L'épouse aura-t-elle une hypothèque subsidiaire sur ces deux domaines, par argument de l'art. 952?

Non, et ici s'applique, d'une manière encore plus saillante, l'argumentation que nous faisons au n° 2497.

Dans le cas de l'art. 952, la libéralité n'est soumise qu'à la condition de survie du dona-

[1] Devill., 9, 1, 268; Journal du Palais, 22, 886.

taire. Pour le surplus, la donation est actuelle, irrévocable, définitive. Dans notre hypothèse, il n'en est pas de même. Non-seulement le donataire doit survivre au donateur, il faut encore qu'il subisse l'arbitraire du donateur pour la création des dettes illimitées. Or, l'épouse n'a

pu espérer que son hypothèque s'étendrait sur un immeuble si profondément affecté par la toute-puissance du donateur, et si directement soumis à une volonté de révocation. Cette situation diffère de la manière la plus grave de celle que règle l'art. 932.

ARTICLE 1090.

Toutes donations faites aux époux par leur contrat de mariage seront, lors de l'ouverture de la succession du donateur, réductibles à la portion dont la loi lui permettait de disposer [4].

SOMMAIRE.

2500. Cet article applique aux donations par contrat de mariage le principe de la réduction des libéralités inofficieuses.
 2501. Cette application souffrirait difficulté, parce que ces donations sont presque à titre onéreux. Doutes dans les pays de droit écrit.
 2502. Jurisprudence des pays coutumiers.
 2503. L'ordonnance consacre la réduction pour la constitution de dot.
 2504. Notre loi généralise la solution. Motifs.
 2505. Dans quel ordre se fera la réduction s'il y a d'autres donations? Les donations de biens présents seront réduites à leur date.
 2506. Il en est de même de l'institution contractuelle.
 2507. Et de la donation de biens présents et à venir acceptée sans division. De cas où le donataire d'une quote est expressément chargé des

- légitimes.
 2508. Quid si le donataire grevé de cette charge ne concourt qu'avec des héritiers à réserve?
 2509. Des dons ou legs modiques que le donateur universel est de droit autorisé à faire.
 2510. De la donation emulative, quand le donataire a opté pour les biens présents.
 2511. Des donations faites sous une condition potestative ou sous la charge de payer les dettes du donateur.
 2512. De la donation universelle sous réserve de la faculté de disposer d'un objet. La donation faite en vertu de la réserve est préférable.
 2513. A fortiori si la donation n'est pas universelle.
 2514. Du cas où le donateur n'a pas usé de la faculté qu'il s'était réservée.

COMMENTAIRE.

2500. Cet article ne présente qu'une application pure et simple du principe de la réduction des libéralités qui empiètent sur la réserve des héritiers. Si les donations faites pour assurer la dot du mariage sont favorables, les légitimes ne le sont pas moins, et il n'y a rien de si conforme aux lois de la nature que de garder l'égalité entre enfants [2]. Notre article ne veut donc pas souffrir une injustice démesurée entre des personnes si intimement unies par le lien du sang. Pour en bien comprendre l'utilité, il faut se souvenir de doctrines qui avaient prévalu autrefois dans la jurisprudence de certains parlements et que notre législateur a voulu condamner.

2501. Comme nous l'avons dit ailleurs [3], les donations faites par contrat de mariage et

surtout les constitutions de dot participent de la nature des contrats à titre onéreux. C'est pour cela que de semblables donations ne sont révocables pour cause de fraude, à la demande des créanciers, que si le mari est complice de la fraude commise par le donateur [4]. C'est aussi pour ce motif que celui qui a constitué une dot est obligé à garantie [5]. De là faut-il conclure que la donation à titre de dot n'est pas réductible, pour composer la réserve des héritiers que la loi favorise?

Cette question s'est présentée sous le droit romain, et elle a été résolue par deux rescrits de l'empereur Constance [6], en ce sens, que la dot, qui est inofficieuse, c'est-à-dire qui porte atteinte à la légitime, doit être réduite comme une donation ordinaire. Le premier rescrit est

[1] Ann. Une donation faite par contrat de mariage aux deux futurs époux par le père de l'un des conjoints n'est censée avoir lieu qu'en faveur de l'enfant du donateur; ce dernier, venant prendre part à la succession paterne, est tenu au rapport de l'objet donné, comme si la libéralité s'était exercée envers lui seul. Br., 22 novembre 1833 (*Paris*, 1833, 243).

[2] D'Olive, 3, 21.

[3] Comment. du *Contrat de mariage*, n° 12, 130, 1346. Supr., n° 2342.

[4] L. 25, § 1, D., *Quæ in fraudem crediti*. Non Comment. du *Contrat de mariage*, t. 1, n° 131.

[5] Art. 1440, C. Nap. Supr., n° 2342.

[6] LL. 1 et 2, C. Théodos., *De inoff. dotibus*. D'Olive les attribue à tort à Constantin (3, 21). Godefroy établit qu'elles sont de Constance.

général; le second statue sur le cas d'une constitution de dot faite par la femme à son mari au préjudice d'enfants d'un premier lit. Tous deux décident que la dot qui porte atteinte à la légitime des autres enfants doit être ramenée dans les bornes légales.

Justinien fonde ces deux lois en une seule, et en fit une décision générale, embrassant tous les cas et prouvant pour tous la nécessité du retranchement [1]. Cette loi est claire en elle-même; elle devait faire cesser tous les doutes. Mais des interprètes, plus habiles qu'il ne fallait, se mirent à la rapprocher des deux lois de Constance qu'elle résumait, et prétendirent qu'elle ne statuait que sur le second cas envisagé par cet empereur. Partant de là, ils écartèrent l'autorité du droit romain dans tous les cas où il ne s'agissait pas d'une femme se mariant au préjudice de ses enfants d'une autre union et se constituant en dot tous ses biens [2]. Et sous cette influence, le parlement de Toulouse, après avoir été dans les saines idées du retranchement, les abandonna, pour porter toute sa faveur du côté du mari, voulant qu'il ne fût pas privé de biens sur lesquels il avait compté pour entretenir sa famille [3]. On finit, cependant, par reconnaître qu'il y avait dans cette jurisprudence une trop grande injustice à l'égard des autres enfants; que l'égalité qui est dans la nature recevait une trop grande atteinte, et cette faveur pour la cause du mari fut tempérée dans le dernier état des arrêts de ce parlement. On jugeait donc, au moment de la promulgation de l'ordonnance de 1751, que la dot ne serait soumise à un retranchement, pour former la légitime, qu'après la mort du mari, ou la séparation des époux, en un mot quand l'intérêt du mari ne serait plus en jeu [4].

Du reste, les autres parlements de droit écrit n'étaient pas entrés dans cet ordre d'idées, et les parlements de Grenoble et de Provence jugeaient indistinctement que les dots étaient réductibles pour les légitimes, même sans attendre la mort du mari [5]. Et par là, ils se montraient mieux instruits que le parlement de Toulouse du sens de la loi unique au C. Just., *De inofficiosis dotibus*, qui ne dit pas un mot des restrictions qu'on lui prête, et qui, prise dans son sens naturel, parle tout simplement d'une mère qui, ayant donné une dot excessive

à un de ses enfants, soulève les réclamations des autres.

2502. Quant aux pays coutumiers, on pensait aussi que la constitution de dot était un moyen trop facile et trop dangereux de mettre l'un des enfants dans l'aisance, et de laisser les autres dans une position inégale, et l'on y appliquait invariablement le remède du retranchement. Aussi Ferrières [6], Ricard [7], Lebrun [8], décidaient-ils que la dot était sujette à réduction pour atteinte à la légitime, et cela aussitôt après la mort du disposant, sans attendre la dissolution du mariage.

2503. C'est cette doctrine, la seule juste et raisonnable, qui a été consacrée par l'ordonnance de 1751. L'art. 55 portait « que la dot, « même celle qui aurait été fournie en deniers, « serait sujette au retranchement pour la légitime dans l'ordre prescrit par l'article précédent; ce qui aurait lieu, soit que la légitime « fût demandée pendant la vie du mari, ou « qu'elle ne le fût qu'après sa mort, etc. »

L'ordonnance ne parle pas des autres donations nuptiales. Mais l'art. 55 leur est à plus forte raison applicable.

2504. Notre article a résumé et généralisé ces solutions; elles sont éminemment sages. La faveur du mariage doit se concilier avec l'intérêt des enfants du donateur qui, à la mort de leur père, n'ont pas encore reçu de dot et formé d'établissement. Les réserves sont de droit naturel; rien ne saurait leur porter atteinte, et si le mari peut être assimilé à un acheteur comme on le fait quelquefois, les enfants sont des créanciers antérieurs dont le titre repose sur le droit le plus inviolable et le plus sacré.

2505. Ceci posé, il faut donc dire que toutes les donations, faites par contrat de mariage aux futurs époux, sont réductibles dans la mesure de la quotité disponible. Mais s'il y a d'autres donations faites par la même personne à des tiers, dans quel ordre les donations par contrat de mariage seront-elles atteintes par le retranchement?

D'abord, il ne saurait y avoir de doute à l'égard des donations de biens présents faites par contrat de mariage. Elles sont évidemment sujettes à réduction à la date du contrat de mariage; peu importe qu'elles soient subordonnées à la célébration du mariage. La condition

[1] L. unig. C. Just., *De inoff. dotibus*.

[2] D'Olive, 3, 21, et les conclusions de l'avocat général Briquet, rapportées dans Ferrières sur Paris, art. 298, glose 4, n° 23, 561, col. 2.

[3] D'Olive, liv. 3, ch. 21. De Catelein, liv. 4, ch. 65. Fargole sur l'art. 55 de l'ord., t. V, p. 292, et quest. X.

[4] Fargole sur l'ordonn., loc. cit.

[5] Fargole, *ibid.*

[6] *Cout. de Paris*, art. 298, glose 4, n° 17 et suiv.

[7] *Donat.*, 3^e p., 1071 et suiv.

[8] *Success.*, liv. 2, ch. 3, sect. 7, n° 16.

accomplie opère un effet rétroactif, et le donateur n'a pas dû, depuis le contrat de mariage, avant même la célébration, faire d'autres libéralités qui nuisissent à l'époux gratifié.

2506. Venons aux institutions contractuelles.

L'institution contractuelle, bien qu'elle ne s'ouvre qu'à la mort du disposant, est néanmoins irrévocable du jour où elle est faite. L'instituant n'a plus le droit de faire des libéralités au préjudice de l'institué, si ce n'est pour des sommes modiques à titre de récompense ou autrement [1]. Il en résulte deux conséquences : l'une que toute donation postérieure un peu importante, en tant qu'elle est faite sur des biens déjà compris dans l'institution, est nulle et non pas réductible; l'autre que l'institution contractuelle prend rang, entre toutes les donations portant sur d'autres biens, à la date du contrat de mariage pour déterminer l'ordre dans lequel elle sera, s'il y a lieu, rédnite.

Appliquons ceci à l'institution contractuelle universelle et à l'institution contractuelle à titre universel.

Quand l'institution d'héritier embrasse la succession entière du disposant, toutes les donations postérieures au contrat de mariage et non modiques sont nulles. C'est l'institué qui supporte, seul et pour le tout, le retranchement nécessaire pour la formation des réserves. Il ne recueille en définitive que la quotité disponible, moins les donations antérieures au contrat de mariage.

Si l'institution contractuelle ne porte que sur une quote-part de la succession, par exemple sur une moitié, et que l'instituant ait, depuis, fait des libéralités particulières, en ce cas ces libéralités sont d'abord nulles pour moitié; de plus pour l'autre moitié, elles doivent être réduites de tout ce qui manque à la réserve des héritiers. Quant à l'institué, il ne sera atteint par la réduction que si la moitié que le donateur n'avait pas comprise dans son institution contractuelle, ne suffit pas à l'intégrité de la réserve des héritiers [2].

2507. Tout ce que nous venons de dire est applicable à la donation de biens présents et à venir, lorsque le donataire accepte la donation en entier et ne s'en tient pas aux biens présents. C'est ce que décidait l'art. 36 de l'ordonnance de 1751. Sous le rapport qui nous occupe, il n'y a aucune différence à établir entre celui qui

a droit à tout ou partie des biens en vertu d'une institution contractuelle ou en vertu d'une donation de biens présents et à venir. Ou la donation est universelle, et le donataire est tenu des réserves, ou elle est d'une quote des biens, et le donataire n'est tenu qu'après la discussion des autres biens du donateur et des donations postérieures [3].

Mais il faut prévoir un cas qui peut se présenter. Il est possible que le donataire d'une quote-part des biens présents et à venir soit chargé par une clause expresse de contribuer au paiement des légitimes; dans cette hypothèse l'article précité de l'ordonnance décide que le donataire de moitié, par exemple, doit supporter la moitié des légitimes, par préférence aux donataires à qui l'autre moitié des biens a été donnée depuis le contrat de mariage [4]. La volonté du donateur a imposé cette loi à la donation. Il faut l'exécuter. Cette solution de l'ordonnance est aussi celle qu'il faut donner sous le Code Napoléon.

2508. Remarquons que, suivant l'opinion de Henrys [5] et de Furgole [6], le donataire universel d'une partie des biens à venir, à qui la charge d'une part proportionnelle de la légitime a été imposée, est tenu de fournir cette part, lors même que le donateur n'a fait ultérieurement aucune autre libéralité, et que le donataire universel ne concourt qu'avec les héritiers à réserve; de sorte que, bien que ceux-ci trouvent peut-être dans la succession *ab intestat* l'équivalent de leur réserve, ils pourront attaquer en réduction le donataire pour lui enlever une part proportionnelle de la réserve. Mais cet avis n'a pas obtenu l'unanimité des auteurs anciens. Bretonnier le critiquait, et en dernière analyse, c'est une question d'intention que les juges décident d'après les circonstances. Le disposant a la faculté de laisser à ses héritiers légitimaires plus que la réserve légale; il peut imposer sa volonté aux donataires qu'il gratifie. Mais cette volonté existe-t-elle dans l'espèce? La rédaction de la clause aidera beaucoup à résoudre la question.

2509. Les dons ou legs modiques à titre de récompense ou autrement, que le donateur peut faire et mettre à la charge de l'institué ou donataire universel, ne sont pas réductibles à leur date et avant l'institution ou la donation de biens présents et à venir. La raison en est que ces libéralités modiques sont, pour l'institué, moins des donations postérieures que des charges à

[1] Art. 1063 du C. Nap.

[2] Arg. de l'art. 36 de l'ordonn. de 1751. Duranton, t. VIII, n° 751. Grenier, t. IV, n° 606. Coin-Delisle sur l'art. 1090, n° 2.

[3] Furgole sur cet article.

[4] Même article. Furgole sur cet article.

[5] T. III, VI, 1, quest. 55.

[6] Sur l'art. 36, t. I, v. p. 300.

supporter. Il serait trop commode à l'institué de se débarrasser de cette charge, en faisant tomber, en première ligne, ces donations sous le retranchement que la réserve nécessite.

Ces libéralités ne seront réduites qu'après la donation universelle elle-même. Elles ont en général des causes très-favorables, et le donateur est présumé avoir voulu les faire exécuter intégralement, par préférence à l'institution et à la donation de biens présents et à venir.

2510. Nous avons supposé que le donataire des biens présents et à venir avait accepté sans division tous les biens du donateur défunt. Que si le donataire optait pour les biens présents, il serait absolument comparable à un donataire entre-vifs, et si le donateur avait fait depuis le contrat du mariage des dons ou legs de sommes modiques, tels qu'un donataire de biens à venir serait tenu de les acquitter, ces dons et legs n'en seraient pas moins réduits les premiers et avant la libéralité faite à l'époux donataire qui, en optant pour les biens présents, s'est délié de leur charge.

2511. Il faut, maintenant, nous occuper des donations faites par contrat de mariage sous des conditions potestatives déterminées, ou sous la charge de payer toutes les dettes du donateur. Ces donations sont, en principe, des donations entre-vifs, irrévocables, réducibles à la date du contrat de mariage. Il ne serait pas exact de les comparer d'une manière absolue à des donations à cause de mort. Elles ne sont pas pleinement soumises à la volonté ambulatorie de l'homme. Rien que le donateur donne et retienne, si se lie cependant à certains égards, et la libéralité n'est révocable que dans une mesure fixe et déterminée par le contrat. Sans doute ces donations ont de grandes analogies avec la donation à cause de mort. Mais elles en diffèrent par le lien qui empêche le donateur de les révoquer par tout autre moyen que celui qu'il s'est retenu. C'est pourquoi le donateur ne peut pas y porter atteinte par des donations postérieures. Celles-ci doivent être préalablement réduites pour composer, s'il y a lieu, la réserve [1].

2512. En est-il de même des donations faites en contrat de mariage, sous la réserve pour le donateur de la faculté de disposer d'un objet ou d'une somme? Deux cas se présentent : le donateur a usé ou n'a pas usé de la faculté qu'il s'était réservée.

Si le donateur a disposé de l'objet ou de la valeur dont il avait conservé la disposition, les nouvelles donations qu'il a ainsi faites ne seront

pas réduites avant la donation faite par contrat de mariage. Quoique postérieures en date, elles seront placées dans un rang préférable à la donation frappée de la réserve. La raison de cette décision se tire de la volonté du disposant. Ce dernier s'est réservé le droit de faire, dans de certaines limites, des donations préférables à l'institution d'héritier ou à la donation de biens présents et à venir. Il a voulu assurer de toute manière l'exécution de ces donations et donner à la faculté qu'il retenait au détriment du donataire, toute l'efficacité possible.

Cette interprétation de la volonté du donateur est particulièrement évidente, lorsque l'institution ou la donation faites par contrat de mariage sont universelles. Si les biens réservés devaient être assujettis au paiement des légitimes, la réserve serait inutile, parce que les légitimaires l'absorberaient, et ce serait en vain que le donateur aurait réservé la faculté d'en disposer [2]; c'est donc à l'institué ou au donataire universel qu'il incombe de payer les légitimes, et ils ne sont pas fondés à vouloir que les enfants discutent l'effet particulier ou la somme réservée.

2513. A plus forte raison en doit-il être de même dans une donation qui n'est pas universelle. Car alors, la réserve de disposer à quelque chose de plus défavorable au donataire; elle était moins nécessaire que dans une donation universelle, puisque sur les biens placés en dehors de la donation, il pouvait satisfaire ses idées de libéralité. Pourquoi le donateur qui avait un restant de patrimoine libre s'est-il stipulé la réserve de manière à faire retomber la donation postérieure sur l'époux gratifié? C'est parce qu'il a entendu restreindre, suivant certaines éventualités, l'étendue de la donation nuptiale. C'est qu'il a voulu tenir le donataire dans une certaine dépendance, ou bien laisser une place à d'autres affections. De tout cela ne résulte-t-il pas une préférence manifeste en faveur de celui qui est appelé à profiter des effets réservés?

Dalloz, qui ne partage pas notre opinion, fait une objection tirée de l'article 923. La loi, dit-il, veut que les dispositions testamentaires soient réduites avant les donations, et que les donations soient réduites en commençant par la dernière et en remontant aux plus anciennes. Or, peut-on intervertir cet ordre sans violer la loi [3]?

A cela nous répondons que l'article 923 établit une règle pour le cas où des libéralités ont été successivement faites, sans que le disposant

[1] Coin-Delisle sur l'art. 1089, n° 2.

[2] Furgole sur l'art. 36, t. V, p. 298.

[3] V° *Disp. entre-vifs et test.*, ch. 3, sect. 3, art. 2, n° 46.

ait exprimé dans quel ordre elles seraient réduites. Dans cette hypothèse, l'ordre indiqué par le législateur doit être invariablement suivi. La première donation est pure et simple; le donateur, complètement dessaisi, n'a pas eu le droit de faire une seconde donation qui nuisît à la première, qui fût préférable à la première sous le rapport de la réduction.

Mais quand le donateur a, dans la première donation, fait une réserve et imposé au donataire de respecter une donation ultérieure faite à son préjudice, la position est bien différente. C'est la volonté des parties qui la domine. L'article 925 devient inapplicable. « Conventions vainquent la loi » et le donateur peut imposer à son donataire telle condition que bon lui semble (1).

Notre solution a été sanctionnée par la cour de cassation (2). Voici dans quelles circonstances :

Un sieur Desassis avait, en se mariant, avantage sa femme d'un gain de survie de 16,000 francs en capital et de 700 francs en viager.

Il eut deux enfants : en 1809 il maria sa fille et lui constitua une dot de 30,000 fr.

En 1806 il maria son fils, et dans le contrat de mariage il l'institua son héritier par préciput et hors part « du tiers de tous les biens dont il mourra saisi et revêtu, sous la réserve d'une somme de 15,000 fr., pour en disposer en faveur de qui bon lui semblera, et par tel acte qu'il jugera convenable. »

En 1827 il meurt, laissant un testament dans lequel il lègue à sa fille la somme de 12,000 fr., sur celle dont il s'était réservé la disposition par le contrat de mariage de son fils.

Le fils prétend que le legs fait à sa sœur est échu aux termes de l'art. 925, comme excédant la quotité disponible; que cette quotité est épuisée par le gain de survie fait par le défunt à sa femme, et par le don du tiers de tous ses biens, c'est-à-dire de la totalité de la quotité disponible, fait par préciput au fils par son contrat de mariage sous une réserve que ledit gain de survie compense et dépasse.

Le tribunal d'Aubusson, par un jugement du 1^{er} juillet 1831, se prononce en faveur de la fille et ordonne l'exécution du legs de 12,000 francs, « considérant que si le sieur Desassis père, en légant 12,000 fr. à sa fille, n'a pas excédé la réserve qu'il s'était faite en instituant son fils héritier du tiers de ses biens, d'une autre part les avantages qu'il avait précédemment faits

« à son épouse ne lui avaient pas ôté le droit d'une nouvelle charge sur cette institution, « puisqu'il lui était libre même de ne rien donner. »

Sur l'appel, la cour de Limoges, le 8 mai 1832, confirme en adoptant sur ce point les motifs des premiers juges.

Le pourvoi ne fut pas plus heureux que l'appel; la cour de cassation l'a repoussé, le 7 juillet 1835 : « Attendu que par le contrat de mariage « du sieur Desassis fils, son père l'institua héritier pour un tiers à titre de préciput; que le père se réserva néanmoins sur ce tiers la somme de 15,000 francs, qui se trouva ainsi détachée du préciput; que cette modification fut acceptée par le sieur Desassis fils et devint une partie essentielle du contrat; que le père disposa ensuite, par un testament olographe, de la somme de 12,000 fr., au profit de sa fille, au moyen d'un legs de cette somme déduite de la réserve qu'il s'était faite dans le contrat de mariage de son fils; qu'en déclarant ce legs valide et non sujet à rapport, d'après les diverses circonstances qui concourent à faire considérer ce legs comme fait par préciput, la cour de Limoges n'a contrevenu à aucune loi. »

2514. Passons à la seconde face de notre difficulté. Pierre fait une institution contractuelle ou une donation de biens présents et à venir, en se réservant la faculté de disposer d'une ébène ou d'une somme sur les biens donnés. Il fait ensuite des libéralités, mais sans que ce soit en vertu de la réserve stipulée dans le contrat de mariage. Il meurt, n'ayant pas usé de cette réserve.

Dans quel ordre la réduction atteindra-t-elle, s'il y a lieu, ces diverses dispositions, pour former la légitime? Tout dépend de l'idée qu'on se fait de la donation soumise à une réserve et de la qualification du droit du donataire qui recueille la chose réservée, quand le donateur n'en a pas disposé. Si, comme le veulent quelques auteurs, cette donation doit être assimilée à une disposition testamentaire (3), s'il faut la considérer comme une donation à cause de mort, elle doit être réduite avant toute autre donation, et le retranchement attaquera d'abord les objets réservés, puis enfin, s'il y a lieu, le reste de la donation faite dans le contrat nuptial. Si au contraire on la classe parmi les donations entre-

(1) Grouier, t. IV, n° 609, et Coin-Delisle, sur l'article 1090, nos 5 et 6, décident comme nous la question quand l'institution ou donation grevée de la réserve est

universelle, et décident le contraire quand elle ne l'est pas.

(2) Arrêt du 7 juillet 1835 (Devill., 35, 1, 914).

(3) Duranton, t. VIII, n° 338.

vifs, il faudra suivre l'ordre des dates prescrit par l'art. 923 [1].

Nous croyons, quant à nous, que, malgré le mélange d'éléments qui la rapprochent de la donation testamentaire, la donation en diffère cependant par des points qui doivent faire pencher la balance du côté de la donation entre-vifs. Dans la donation testamentaire ou legs le légataire n'a de droit que du jour de la mort ; voilà pourquoi son don doit tomber le premier sous le coup de la réduction. Il est moins favorable que le donataire dont le droit se fixe pendant la vie du donateur. C'est le cas de dire :

Potior tempore, potior jure. Mais ici le donataire a un droit qui remonte au contrat de mariage ; car le décès du donataire sans avoir usé de la réserve, purifie la donation et la fait considérer comme pure et simple *ab initio*.

Cette solution est, du reste, fortifiée par la volonté du donateur. Il s'était réservé le droit de préférer quelqu'un au donataire ; mais il n'a pas usé de cette faculté ; il a fait des libéralités postérieures, mais sans vouloir porter atteinte au droit de l'époux donataire. Il n'a pas voulu rendre le nouveau donataire préférable à celui qu'il avait gratifié antérieurement [2].

[1] L'annotateur de Grenier, t. IV, p. 232 ; n° 609, note a.

[2] Coïn-Delelle, sur l'art. 1090, n° 7. Zachariæ, § 685 bis, note 7, t. V, p. 171.

CHAPITRE NEUVIÈME.

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX, SOIT PAR CONTRAT DE MARIAGE, SOIT PENDANT LE MARIAGE.

SOMMAIRE.

2515. Objet de ce chapitre. Pourquoi le Code ne s'occupe pas des donations par des tiers aux époux durant le mariage.

2516. Du droit romain. Renvoi.
2517. Division du sujet.

2515. Il faut diviser en deux classes les donations entre époux, savoir celles qui se font par contrat de mariage, c'est-à-dire avant le mariage, et celles qui se font pendant le mariage. Il n'était pas nécessaire que la loi fil dans le chapitre précédent une pareille classification. Si le chapitre qui précède ne s'occupe que des donations par contrat de mariage faites aux époux par des tiers, c'est qu'il n'est pas permis de faire des pactes nuptiaux après le mariage. Quand, après la célébration, une libéralité est faite à l'un des époux, elle n'est plus considérée comme ayant le mariage pour cause finale. Elle rentre dans la catégorie des donations ordinaires; elle ne peut plus prétendre aux faveurs exceptionnelles des donations nuptiales.

Mais dans la matière qui va nous occuper il en est autrement. Les donations par contrat de mariage d'un époux à l'autre ne sont pas les seules que la loi place en dehors du droit commun. Elle se préoccupe à un haut degré des donations entre époux pendant le mariage; donations que de graves raisons ont fait mettre dans une classe à part, et qui même, à certaines époques, n'ont pas eu l'assentiment du législateur.

2516. Nous n'entrerons ici dans aucun détail sur les donations que les Romains autorisaient entre époux soit par le contrat nuptial, soit pendant le mariage. La préface de notre commentaire du contrat de mariage contient

tout ce qu'il est besoin d'en dire pour l'utilité du droit moderne. On y recourra pour voir la différence des *sponsalitia*, des donations *propter nuptias* et des donations *inter virum et uxorem*.

Nous ne parlerons pas davantage du douaire, des gains de survie, de la quote du conjoint pauvre et autres avantages légaux qui, dans les pays coutumiers ou dans les pays de droit écrit, étaient la conséquence du contrat de mariage. Notre préface du *Contrat de mariage* nous défend de nous étendre sur des explications qui ne seraient qu'une répétition.

Nous ne disons qu'une chose : c'est qu'à notre avis le Code Napoléon a sagement fait de n'admettre d'autres gains de survie que ceux qui sont stipulés par la volonté expresse des époux. La loi ne doit pas interposer une règle invariable dans des rapports qu'une affection toute spontanée doit régir [1].

2517. En passant successivement en revue les articles de ce chapitre, nous verrons que les époux peuvent se faire entre eux, par contrat de mariage, les mêmes libéralités que pourraient leur faire des étrangers; de plus, que la loi a pris soin de fixer une quotité disponible d'époux à époux; enfin nous verrons les règles de la donation *inter virum et uxorem*.

[1] Préface de notre Commentaire du *Contrat de mariage*, p. cxi.

ARTICLE 1091.

Les époux pourront, par contrat de mariage, se faire réciproquement, ou l'un des deux à l'autre, telle donation qu'ils jugeront à propos, sous les modifications ci-après exprimées.

SOMMAIRE.

2518. Liberté dont jouissent les époux de se donner par contrat de mariage. Le droit romain voulait l'égalité et la réciprocité.

2519. Du droit coutumier. De la conservation des biens dans la famille.

2520. Suite. La liberté l'emporte et devient le droit commun. Conseils judiciaires de Coquille.

2521. Système du Code. Motifs.

2522. La réciprocité ne détruit pas le caractère de libéralité.

2523. Conséquence. Réduction pour former la légitime.

2524. Toutefois une donation est nulle, si elle a été frauduleusement déterminée par l'espérance illusoire d'une donation réciproque.

2525. Conditions que les donations entre futurs époux admettent. De la révocation pour survenance d'enfant. De l'action révocatoire des créanciers frustrés.

2526. Influence de la faillite du mari sur les gains de la femme.

COMMENTAIRE.

2518. Notre article consacrer, pour les futurs époux, une libéralité aussi large que possible dans la vue de favoriser les mariages. Cette liberté trouvera bientôt, sans doute, quelques restrictions commandées par la prudence; mais, telle qu'elle est, elle suffit pour répondre aux sentiments d'affection qui rapprochent les contractants et pour assurer le sort de celui qui survivra.

Il n'en a pas toujours été ainsi.

A Rome, les époux n'avaient une entière liberté que relativement aux dons entre fiancés (*sponsalitia*). Quant à la donation *propter nuptias*, comme elle n'était qu'une garantie ou une contre-partie de la dot ou, en d'autres termes, une sorte de dot donnée à la femme par le mari, il fallait qu'elle fût égale à la dot; et si la dot était augmentée pendant le mariage, la donation *propter nuptias* devait être augmentée à proportion, afin d'y conserver une parfaite égalité. S'il était convenu par le contrat de mariage que le mari gagnerait une partie de la dot, la femme de son côté devait gagner une partie égale de la donation *propter nuptias*; car l'avantage devait être égal de part et d'autre. Si le mari était assujéti à rendre toute la dot en cas de survie, réciproquement la femme ne pouvait pas profiter de la donation à cause de nocces. En un mot, l'égalité était si nécessaire entre la dot donnée au mari et la donation *propter nuptias* faite à la femme, qu'il n'était pas permis aux parties de la briser par des conventions contraires (1). Quoique Cujas ait trouvé

que ce système avait une explication plausible dans les captations dont les futurs sont susceptibles (2), l'empereur Léon le philosophe en prononça l'abrogation (3).

2519. C'est par d'autres considérations et à un autre point de vue que le droit coutumier avait, dans certaines localités, limité la faculté des futurs époux de se faire des libéralités. Dans ces provinces, telles que la Touraine, le pays de Blois, la Bretagne, on tenait avec une grande énergie à ce que les biens patrimoniaux n'allassent pas se perdre dans des familles étrangères. C'était pour elles un principe d'ordre social. Or si ces biens avaient pu être donnés librement au conjoint, ils seraient sortis de la famille dans le cas où des enfants ne seraient pas issus du mariage. La faveur des mariages ne put donc entièrement prévaloir contre ce danger, et l'on maintint contre la liberté dont ils réclamaient le privilège, une règle essentielle, à savoir la conservation des propres dans la famille. « Par la coutume ancienne du bailliage de Blois, dit l'art. 160 de cette coutume, estoit permis et loisible à futurs époux, auparavant leur mariage consommé, faire donaison l'un à l'autre de tous leurs biens tant meubles, conquests que patrimoniaux : laquelle coutume a semblé estre desraisonnable, et au moyen de ce, plusieurs bonnes maisons en avoir esté détruites; à cette cause les assisians ont esté d'avis qu'elle devoit être réformée en tant que touche les roturiers seulement; pour ce que les nobles ont déclaré vouloir vivre selon

(1) Justinien, Nouvelle 99, c. 1. Cujas sur cette Nouvelle. L. 10, C., De partis contractis. Argou, liv. 3, ch. 2, l. 11, p. 115 et 114.

(2) Et meritis nec aliter constituit, sine summi captione, potest. (Loc. cit.)

(3) Nouvelle 20.

« ladicte coutume ancienne. A cette cause, du
« consentement des gens d'église et autres du
« tiers estat, a esté couché l'article qui s'en-
« suit :

« Hommes et femmes roturiers qui se veu-
« lent et peuvent marier ensemble, en faveur
« de mariage, avant iceluy consommé, peuvent
« donner l'un à l'autre tous et chacuns leurs
« biens meubles et conquêts immeubles et la
« moitié de leurs héritages patrimoniaux à vie
« ou à toujours. Mais et vaut et tient tel don,
« pourvu que le mariage se consume et para-
« chève, et sera le survivant saisi. Toutefois si
« après le décès du trespassé, il n'y avoit en-
« fans dudit mariage issus d'eux ou les en-
« fans décèdent sans enfans, en ce cas l'héri-
« tage ainsi donné retournera au donateur ou à
« ses plus prochains héritiers du côté dont pro-
« cédoit ledit héritage [1]. »

Ainsi, suivant cette coutume, les biens patri-
moniaux ne peuvent être donnés que pour moi-
tié, et même, s'il n'y a pas d'enfants, l'héritage
retourne à la famille; les meubles et les acquêts
sont seuls disponibles en entier, soit parce que
la conservation en est moins précieuse, soit
parce qu'ils n'ont pas une origine qui les rattache
à la famille.

Nous avons rapporté ce texte en entier; car
il témoigne mieux qu'aucun autre de l'esprit de
la coutume et du motif des restrictions faites à
la liberté des futurs époux. La coutume de
Bretagne était entrée dans ce système restrictif,
mais avec quelques nuances; elle permettait de
donner en toute propriété le tiers des biens patri-
moniaux, quel que fût le sort du mariage et
lors même qu'il ne procréerait pas d'enfants.
Alors ce tiers des biens patrimoniaux passait
aux héritiers quelconques du donataire [2]. La
donation pouvait embrasser la totalité des biens
patrimoniaux s'il y avait des enfants du mariage
[3].

La plus sévère des coutumes était celle de
Touraine; elle décidait [4] que « donations en
« faveur du mariage par l'un des futurs con-
« joints à l'autre seraient valables jusques à la
« concurrence de tous les meubles à perpétuité
« et de la moitié des acquêts à vie. » De sorte
que, dans cette coutume, la prohibition était
absolue pour les propres; elle enlaidait même
la liberté de disposer des acquêts, puisqu'elle ne

permettait de donner que la moitié de ces
sortes de biens, et en usufruit seulement.

On le voit, la coutume de Touraine obéit
à deux mobiles. Elle veut d'abord maintenir la
fortune patrimoniale dans la famille; de plus,
elle craint, en ce qui concerne les acquêts, que
les futurs époux ne se dépouillent trop facile-
ment dans un moment où la passion peut parler
plus haut que la sagesse.

Ce n'est pas ainsi que la question avait été
envisagée par les coutumes d'Orléans [5], de
Montargis [6], de Nivernais [7]. Ces coutumes
donnaient toute latitude à la volonté des futurs
époux; elles consacraient un système de liberté
très-différent de ce que nous venons de voir.
Elles formaient le droit commun [8].

Pourtant Coquille [9] voulait que l'on n'abu-
sât pas de cette facilité. Ses conseils sont si ju-
dicieux, que je crois utile de les rappeler ici :

« Communément on estime selon cet article
« que toutes donations en contract de mariage,
« mesme des mariés l'un envers l'autre, soient
« valables; mais je croy qu'il ne se doit pas
« dire indistinctement. La loy romaine veut
« que telles donations soient jugées bonnes ou
« non par les circonstances, et comme ladite loy
« dit *ex causa* (1. *Si ita stipul.*, 97, § *Si tibi*
« *nupero*, D., *De verb. oblig.*). Comme si une
« vieille hors d'âge de faire enfans espousast
« un jeune homme : à part moy je ne puis
« croire que ce soit vray mariage; car les biens
« de mariage n'y sont pas, au moins il est
« malaisé qu'ils y soient. L'espérance de lignée n'y
« est pas; l'auant bien à peine y est-elle de la
« part du jeune homme, et sera aventure s'il
« s'abstiendra d'aller chercher ses plaisirs ail-
« leurs, car il sera facilement et bientôt las de
« la vieille. Les lois romaines Papie et Julie
« défendoient les mariages de la femme âgée
« de cinquante ans à homme moins jeune de
« soixante, et bien que l'on reputast telle con-
« jonction d'une vieille à un jeune homme
« estre mariage, si est-ce que la cause de don-
« ner par elle vieille au jeune homme n'est pas
« honneste, car c'est accepter par elle à prix
« d'argent son fol plaisir, qui de tant plus est
« mal séant... Pourquoy j'estime telles dona-
« tions estre nulles comme deshonestes, et de
« tant plus deshonestes, pour ce que l'on y
« fait servir de prétexte le mariage, qui de soy

[1] Art. 161.

[2] Art. 220, ancienne coutume. D'Argentré sur cet
article, glose 8, n° 1 : « *Potest igitur donatio alteri ubi*
« *altero de sponsis fieri, de tertio patrimonii, sic ut ad*
« *heredes transat donatio, et quomodolibet loqui solent,*
« *pro se et hereditibus quibuscumque.* » Art. 205 de la
Nouvelle.

[3] Art. 207, cout. nouv.

[4] Art. 236, cout. nouv.

[5] Art. 102.

[6] T. VIII, art. 8.

[7] Des Donations, art. 12.

[8] Ferrières sur Paris, art. 282, glose 1, n° 15.

[9] Sur Nivernais, loc. cit.

« est très-saint et très-bonne, et en ce je
 « voudroy me servir de ce qui est dit audit § *Si*
 « *tibi nupero* qui dit que telles donations en
 « faveur de mariage doivent estre jugées *ex*
 « *causa*, et pour le tirer aussi en argument
 « pour juger les donations que les deux mariés
 « se font en traicté de mariage, et sur cette
 « considération, selon mon advis, sont fondez
 « les arrêts donnez par la cour qui réprovent
 « les donations et avantages que les futurs
 « mariés se font l'un à l'autre clandestinement
 « hors le contract de mariage, mesme quand
 « le contract a esté passé solennellement avec
 « les parens et que ces futurs mariez sont jeunes
 « personnes, auxquelles l'amour commande
 « plus que la raison. »

Ces observations sont excellentes; mais le juge n'est pas toujours maître d'en faire une application autorisée par les circonstances. En effet on rencontre des cas où il est imprudent de permettre à des héritiers de lever le voile qui cache certaines faiblesses. Et il est plus utile de tolérer un mariage sans convenance que de pousser à des désordres sans excuse. Ferrière cite un arrêt du parlement de Paris d'août 1614, qui valida une donation de tous biens faite au survivant par deux futurs époux, l'un âgé de quarante ans, l'autre de quatre-vingts ans. La femme qui avait ce grand âge se mariait pour la cinquième fois [1]. On ne peut rien citer de plus fort. Je voudrais pourtant mieux connaître les faits de cette singulière espèce.

2521. Quoi qu'il en soit, le Code Napoléon a, comme de raison, préféré aux coutumes restrictives celles qui favorisaient la liberté des époux. Il n'exige ni la réciprocité des avantages, ni la conservation des biens patrimoniaux dans les familles.

Il suppose que les époux recevront de sages conseils de leur famille, et que, capables de la plus solennelle et la plus grave des unions, ils apporteront dans leurs pactes matrimoniaux la maturité de jugement nécessaire. Le mariage est un acte si sage en général, qu'il fait supposer la sagesse dans les conventions qui le préparent. On peut sans doute citer des actes d'irréflexion; mais ce sont des exceptions, et elles confirment la règle.

Cette liberté étant donc assurée aux futurs, ils peuvent en user, en variant, suivant leur in-

térêt, les clauses de leur contrat. Très-souvent, les époux se font des donations réciproques. Car le bienfait appelle le bienfait, surtout entre personnes qui vont unir leurs destinées.

2522. Ces donations réciproques sont de vraies donations et nullement des espèces d'échange ou des actes à titre onéreux. On s'étonne que ce point ait fait difficulté et que la doctrine des auteurs anciens, avant l'ordonnance de 1731, ait eu une tendance à voir en elles le caractère du contrat *de ut des*. Tiraqueau [2] établit qu'une donation réciproque est à titre onéreux et que la révocation pour survenance d'enfants n'y doit pas avoir lieu. Dumoulin, sur l'art. 169 de la coutume de Blois qui disposait : « En donation faite entre-vifs donner et retenir ne vaut, » met en note : *nisi mutua quæ propriè donatio non est*. Ricard décide également que la réciprocité des avantages leur enlève le caractère de gratuité, et que par conséquent ils ne sont pas sujets à retranchement pour compléter la légitime [3]. Enfin, un arrêt du parlement de Paris du 28 avril 1640 avait jugé que la loi *Si unquam* ne devait pas faire tomber les donations réciproques, parce qu'elles n'avaient pas une cause purement lucrative [4]. Mais cette jurisprudence fut changée par l'ordonnance sur les donations, dont l'art. 38 soumit à la révocation pour survenance d'enfants les donations, encore qu'elles fussent mutuelles. Il est vrai que Furgole [5] avance que, bien que les donations mutuelles ne soient pas exceptées de la révocation, elles sont cependant considérées en quelque façon comme un contrat onéreux. Mais Pothier [6], après avoir présenté la raison de douter tirée de ce que chacun des conjoints par ce contrat reçoit de l'autre autant qu'il lui donne, conclut en ces termes : « On doit décider que le don mutuel entre mari et femme renferme de véritables donations mutuelles et réciproques, que chacun des conjoints fait à l'autre en cas de survie. Ces donations ne sont à la vérité ni si pures, ni si parfaites que l'est une donation pure et simple; mais elles ne laissent pas d'être de véritables donations [7]. » Et en effet, il est contraire à toutes les notions du vrai de voir un acte de commerce et une sorte de spéculation dans des marques d'affection mutuelle, dans des conventions empreintes du sceau de l'amitié et de la prévoyance de l'avenir. Il ne faut pas rabaisser

[1] Ferrière sur Paris, art. 282, glose 1, n° 7.

[2] Com. in l. *Si unquam*, C., *De revocandis donat.* (l. 8, C., liv. 8, tit. 56), sur les mots *donationes largitas*.

[3] Don mutuel, ch. 1, n° 2, 6, 7.

[4] Soefve, t. 1, cent. 4, ch. 55.

[5] Sur cet art. 38.

[6] *Donat. entre mari et femme*, n° 129.

[7] Juge Ferrière sur Paris, art. 280, glose 2, n° 1, Cassat., 21 février an 1 (Drevil, 4, t. 1, p. 640, *Journal du Palais*, t. 11, p. 374). Merlin, *Quest. de droit*, v° *Légitime*, § 4.

à un calcul d'intérêt, semblable à un échange ou à une vente, des pactes dont le caractère est de soi méritoire et honorable.

2523. Il sort de là une conséquence importante : c'est que les gains que les époux s'assurent réciproquement par leur contrat sont réductibles dans la mesure de la quotité disponible. La loi qui respecte les contrats à titre onéreux et les rend préférables à la cause des enfants, n'a pas de tels égards pour ces donations, qui, malgré la réciprocité, ont un vrai caractère de libéralité [1].

2524. Du reste, une donation faite en contrat de mariage par les futurs époux pourrait être cassée, si l'un des époux avait déterminé l'autre à lui faire des avantages en considération d'une libéralité réciproque en apparence, mais imaginaire en réalité et fondée sur des espérances chimériques et dolosives [2]. Sans doute, ce n'est pas un échange que les futurs ont voulu faire; mais les convenances ont pu déterminer le donateur sérieux à se montrer généreux envers le donateur frauduleux dont il voulait reconnaître les sentiments apparents. Il ne faut pas d'ailleurs que la fraude profite à son auteur.

2525. Du reste, la donation par contrat de mariage de futur à futur est susceptible de toutes les conditions. On y admet les exceptions au droit commun que la loi tolère dans les donations faites aux futurs époux par des tiers [3]. Elle a même un privilège de plus, celui de n'être pas révocable pour survenance d'enfants [4]. On ne considère pas si l'un des futurs a de grands biens et si l'autre en a peu ou point;

si l'un donne beaucoup et l'autre ne donne rien [5]. Le but est le mariage, chose sacrée qui légitime ce qui ailleurs choquerait les vrais principes.

Cependant, le contrat de mariage ne doit pas se prêter, dans les mains d'un mauvais débiteur, à dépouiller ses créanciers du gage qui doit assurer leur remboursement. Ceux-ci peuvent l'attaquer, quand il est fait en fraude de leurs droits, bien que le futur donataire ait été de bonne foi [6]. Cette règle est si raisonnable et si juste, qu'elle s'applique aux gains de survie, malgré leur incertitude, lorsque le donateur a prévu que la donation ne pourrait s'exécuter qu'au détriment de ses créanciers. Seulement les créanciers n'agissent en ce cas qu'après la mort de leur débiteur et si l'époux donataire survit. Jusque-là ils n'éprouvent pas de préjudice [7].

2526. La liberté dont jouissent les parties de se faire dans leur contrat de mariage toutes les libéralités qu'elles jugent à propos, reçoit une restriction importante, lorsque le mari est commerçant à l'époque de la célébration du mariage, quo que, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, il devient commerçant dans l'année qui suit cette célébration, et qu'ensuite il est déclaré en faillite. Dans cette hypothèse, en effet, aux termes de l'article 564 du Code de commerce, la femme ne peut exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage, et les créanciers ne peuvent, de leur côté, se prévaloir des avantages faits par la femme au mari dans ce même contrat.

[1] Toulouse, 21 déc. 1821 (Devill., 6, 2, 507; *Journal du Palais*, t. XVI, p. 1036).

On invoque ordinairement dans le même sens un arrêt de la cour de cassat. du 24 mai 1808 (Deville., 2, 1, 333. *Journal du Palais*, t. VI, p. 702) et de la cour de Bruxelles du 21 juillet 1810 (Deville., 5, 2, 310; *Journal du Palais*, t. VIII, p. 476). Mais dans les espèces de ces arrêts les parties avaient elles-mêmes ordonné par leur contrat de mariage la réduction à la quotité disponible, en cas d'existence d'enfants, des avantages qu'ils s'étaient faits réciproquement.

[2] Bagnel, *Droits de justice*, ch. 21, n° 327. Ferrière sur Paris, art. 272, glo-e 1, n° 17. L. Nulla, C., *De jure dotium*.

[3] Art. 1093, *infra*, n° 2538.

[4] Art. 1096, *infra*, n° 2676. Fargole, *Quest. sur les Donat.*, p. 49, n° 4 et 5. Art. 39 de l'ordonn. de 1731.

[5] Ferrière, *loc. cit.*, n° 8.

[6] Voy. mon Comm. du *Contrat de mariage*, t. I, n° 151.

[7] Paris, 11 juillet 1829 (Deville., 9, 2, 299; Dalloz, 30, 2, 180; *Journal du Palais*, t. XXII, p. 1231). Rejet, 2 janvier 1845 (Deville., 45, 1, 114; Dalloz, 45, 1, 1; *Journal du Palais*, 45, 1, 312). Pothier, *Donat. entre mari et femme*, n° 150. Nouveau Denisart, *v° Donat. mut.*, § 1. Toullier, t. V, n° 306. Championnière et Rigaud, *Droits d'enreg.*, t. III, n° 2254.

ARTICLE 1092.

Toute donation entre-vifs de biens présents, faite entre époux par contrat de mariage, ne sera point censée faite sous la condition de survie du donataire, si cette condition n'est formellement exprimée; et elle sera soumise à toutes les règles et formes ci-dessus prescrites pour ces sortes de donations.

SOMMAIRE.

2527. De la donation de biens présents entre futurs époux.
 2528. Elle n'est pas révocable pour survenance d'enfants.
 2529. Elle n'est pas résolue par le prédécès du donataire. La condition de survie peut y être ajoutée.
 2530. Quelquefois cette condition s'induit des circonstances.
 2531. La condition de survie est suspensive ou résolutoire.

2532. La condition suspensive de survie ne fait pas de la donation entre-vifs de biens présents une disposition à cause de mort.
 2533. Conséquence. Rétroactivité de la condition accomplie.
 2534. De la nécessité de la transcription.
 2535. Du défaut de transcription relativement à la femme et de son recours hypothécaire.
 2536. La condition de survie est réputée accomplie quand le donataire est né par la donation.

COMMENTAIRE.

2527. La donation de biens présents faite entre futurs époux par contrat de mariage est soumise à toutes les règles qui gouvernent ce genre de donations, de même que la donation de biens présents faite aux époux par des tiers. De toutes ces règles une des plus essentielles est l'irrévocabilité. Le mariage en vue duquel elle est faite étant indissoluble, la donation entre futurs époux qui le prépare ne doit pas dépendre de la volonté ambulatoire du donateur. Tout ce qui est convenu dans les contrats de mariage vaut irrévocablement [1].

2528. L'irrévocabilité y a même cette conséquence, que la donation entre futurs n'est pas révocable pour survenance d'enfants, ainsi que nous l'avons vu par l'art. 960 du Code Napoléon.

2529. Un autre corollaire de l'irrévocabilité de pareille donation, c'est qu'elle n'est pas révoquée par le prédécès du donataire; notre article le décide ainsi, et par là il fait cesser d'anciennes contraires; les uns voulaient que les donations mêmes de biens présents entre futurs époux fussent censées faites sous une tacite condition de survie, parce qu'on n'y considère que la personne du donataire [2]; d'autres au contraire pensaient que cette condition devait être exprimée, sinon, que la donation était pure et simple [3]. Notre législateur a préféré le second système; il ne présume pas que la donation faite de futur à futur ne soit qu'un simple gain

de survie. Il la considère avec raison comme un acte irrévocable qui ne doit pas perdre une de ses vertus parce qu'il est inséré dans un contrat de mariage.

Il n'en est autrement que lorsque la volonté de subordonner la donation à la survie du donataire est claire et positive.

Pourtant, la loi n'impose pas à cet égard des termes sacramentels: il suffit que la volonté ressorte manifestement de la convention.

Le tribunal de cassation [4] avait même pensé que la condition de survie devait s'induire de la circonstance que les donations étaient réciproques entre époux, fussent-elles inégales. Son motif était que « si les donations entre époux » n'étaient pas censées faites sous condition de » survie, il s'ensuivrait un échange absolu de » propriété tel, que les biens du mari passeraient de droit aux héritiers de la femme, et » ceux de la femme aux héritiers du mari. Lorsqu'il y a réciprocité, il est évident que l'intention des parties a été que celui des époux » qui survivrait, resterait seul propriétaire tant » de son patrimoine que du patrimoine du prédécédé. »

Il proposait, en conséquence, d'ajouter au projet d'article un amendement ainsi conçu :

« Il en est autrement s'il y a donation réciproque entre les époux, quand même elle » serait inégale; en ce cas le survivant seul » profite du don. »

[1] Loi des Ripuaires, l. XXXVII. Furgole, q. 49, sur les Donations.

[2] Maynard, liv. 4, ch. 56, n° 14; Expilly, ch. 178; Bérchet, Droit de réversion, ch. 13; Belordou, Observations forenses, liv. 3, p. 5, art. 1; Furgole, sur les Donations, quest. 49.

[3] Dumoulin, De donat. in contr. matr. fore., n° 15 et 14. Soave, l. 1, cent. 3, ch. 40. Ricard, part. 5, n° 819 et suiv. Nîmes, 17 prairial an xii (Devill., 1, 2, 199; Journal du Palais, l. IV, p. 36).

[4] Feaut, t. II, p. 711.

Notre article n'a pas fait passer cet amendement dans la loi. Il est donc difficile d'admettre que la réciprocité suffise à elle seule pour sous-entendre dans la donation la condition de survie. Mais quand d'autres circonstances lui viennent en aide, elle doit avoir du poids aux yeux des magistrats.

2530. Il y a du reste des cas où la donation porte virtuellement et en elle-même la preuve de la condition de survie. Telle serait la donation faite par le futur à sa future d'un droit d'habitation [1], d'une rente pour aliments, etc., etc., etc. On rentrerait ici dans la classe des gains de survie.

2531. Quand la condition de survie est stipulée, elle peut affecter la donation de deux manières différentes suivant qu'elle est imposée comme condition suspensive, ou comme condition résolutoire. Le caractère de la condition dépend de la volonté des parties, et doit être jugé par l'interprétation de leur intention. Il est rare que la condition de survie ne suspende pas la donation. Par exemple, le futur donne à sa femme 10.000 francs pour habits, bagues et joyaux, si elle lui survit. Cette disposition est suspendue jusqu'à l'événement de la condition. Il en est de même du cas où la future donne à son mari les biens qu'elle apporte en dot, si ce dernier lui survit. On pourrait multiplier les exemples, et l'on arriverait à la même conséquence.

Cependant, il n'est pas impossible que le donateur, en donnant actuellement, se réserve un droit de retour, en cas de prédécès du donataire; ce n'est plus alors une condition suspensive qui affecte la donation : c'est une condition résolutoire.

Quand la condition est suspensive, le donateur conserve la propriété jusqu'à sa mort. Quand elle est résolutoire, le donateur rentre dans cette propriété après la mort du donataire. Dans le premier cas, c'est aux ayants cause du donataire à prouver que celui-ci a survécu; le doute s'interprète contre eux. Dans le second cas, c'est aux ayants cause du donateur à prouver le prédécès du donataire; s'ils n'y réussissent pas, les biens passent aux héritiers du donataire. La preuve est ordinairement difficile, lorsque les deux parties sont mortes dans un même événement. On sait qu'on n'applique pas ici les présomptions légales de survie édictées dans les articles 720 et suivants du Code Napoléon, pour

le cas tout différent de la succession *ab intestat* [2].

2532. La libéralité, suspendue jusqu'à ce que le donataire survive, n'en est pas moins une donation entre-vifs de biens présents. La condition de survie, comme toute autre, a un effet rétroactif quand elle est accomplie, et fait considérer le donateur comme dépouillé et le donataire comme investi du droit dès le jour du contrat. La donation a donc un effet actuel et présent [3]. Ceci est important à remarquer. De ce que les donations de biens à venir ne s'exécutent qu'en cas de survie du bénéficiaire au disposant, on est entraîné à conclure qu'une donation de biens présents, sous condition suspensive de survie, tient de la nature des donations à cause de mort [4], qu'elle est une donation éventuelle comme la première; mais c'est une confusion facile à dissiper. Dans la donation de biens présents, la survie du donataire est ajoutée comme une condition accidentelle. Dans la donation de biens à venir, la survie de celui qui recueille est essentielle à l'ouverture de son droit qui est un véritable droit de succession [5].

2533. Cette distinction est féconde en conséquences. La condition de survie dans une donation de biens présents, dès qu'elle est réalisée, rétroagit et fait considérer le donataire comme ayant été propriétaire du jour du contrat. Le donataire n'est sans doute pas encore propriétaire; mais il peut espérer qu'il le deviendra, et il peut faire des actes conservatoires de son droit. C'est pourquoi la cour de Metz [6] a très-bien décidé qu'un droit d'habitation donné sur une maison, sous condition de survie, par un futur à sa future dans leur contrat de mariage, fait obstacle à ce que le mari vende ou à ce que les créanciers saisissent la maison, si ce n'est sous la réserve du droit d'habitation.

Il y a plus, et, la condition se réalisant, l'époux donataire pourra revendiquer, entre les mains des tiers, les immeubles donnés que le donateur aurait aliénés.

2534. Mais remarquons ici que, pour que cette revendication réussisse, il faut que la donation ait été transcrite avant l'aliénation nouvelle.

Sous l'empire de l'art. 90 de l'ordonnance de 1731 et des lettres patentes du 15 juillet 1769, les donations de biens présents seules, et non les institutions contractuelles ou donations de biens à venir, étaient assujetties à l'insinuation

[1] Metz, 22 mai 1817 (Devill., 5, 2, 281. *Journal du Palais*, t. XIV, p. 241).

[2] Voy. *supra*, n° 2134.

[3] Lyon, 13 juillet 1831 (Devill., 32, 2, 175).

[4] Arg. de ce que dit Fargole, quest. 49, n° 35.

[5] Ricard, *des Donations*, 1^{re} partie, n° 1045, 1046.

[6] Arrêt du 22 mai 1817, déjà cité.

pour être valables à l'égard des tiers [1]. Les donations de biens présents entre futurs époux devaient également être insinuées [2], lors même qu'elles contenaient condition de survie [3]. Ce qui a jeté de l'obscurité sur cette proposition, c'est que l'augment, le douaire, les gains nuptiaux stipulés par contrat de mariage conformément à l'usage, étaient affranchis de la nécessité de l'insinuation. Mais rappelons que ces gains de survie étaient, non de pures libéralités, mais en quelque sorte l'exécution d'une dette naturelle d'aliments entre époux.

Sous le Code Napoléon, la transcription qui a remplacé l'insinuation est nécessaire non-seulement pour les donations pures et simples d'immeubles entre futurs époux, ce qui n'est pas contestable [4], mais encore pour les donations d'immeubles présents sous condition de survie [5].

2535. Mais la position des deux époux n'est pas égale en ce qui concerne l'accomplissement de cette formalité. Le mari a tout pouvoir pour faire transcrire en temps utile la donation qui lui est faite par sa future. Celle-ci au contraire peut n'être pas en état de se mettre en règle; le mariage, qui ordinairement suit de très-près le

contrat, la soumet à la puissance maritale, et si le mari donateur ne fait pas transcrire, elle souffre d'une négligence qui n'est pas la sienne. C'est pourquoi Argou enseignait qu'il fallait accorder à la femme quatre mois après la dissolution du mariage par le prédécès du mari, pour faire insinuer sa donation [6]. Aujourd'hui, il n'est pas possible d'admettre ce tempérament; mais il reste la ressource de l'hypothèque légale à la femme lésée par le défaut de transcription.

Nous avons supposé une donation d'immeubles. La transcription n'est aujourd'hui prescrite que relativement aux biens susceptibles d'hypothèques.

2536. Lorsque la condition de survie du donataire est insérée dans un contrat de mariage, cette condition est, conformément à l'article 1178 du Code Napoléon, réputée accomplie quand le donateur en a empêché l'accomplissement; la jurisprudence offre de tristes exemples de ce cas. Les arrêts ont toujours décidé que le crime du donateur qui met fin à la vie de l'époux donataire ne peut lui profiter, et le gain de survie a été déclaré acquis aux héritiers de l'époux prématurément prédécédé [7].

ARTICLE 1093.

La donation de biens à venir, ou de biens présents et à venir, faite entre époux par contrat de mariage, soit simple, soit réciproque, sera soumise aux règles établies par le chapitre précédent, à l'égard des donations pareilles qui leur seront faites par un tiers, sauf qu'elle ne sera point transmissible aux enfants issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur.

SOMMAIRE.

2537. Les futurs époux peuvent se faire don de leurs successions. Conciliation de notre article avec l'art. 1389.

2538. Les institutions contractuelles et donations uni-

verselles que se font les époux ne sont pas transmissibles aux enfants du mariage.

2539. Elles ne peuvent même pas être faites expressément au profit de ces enfants.

[1] Lebrun, *des Successions*, liv. 3, ch. 2, n° 16. Fargol sur les art. 20, 21 de l'ordonn. de 1731. Rejet, 25 ventôse an 11 (Dalloz, 6, p. 253. *Journal du Palais*, 3, p. 300). Rejet, 8 vendém. an xiv (Dalloz, 6, p. 233. *Journal du Palais*, 1, V, p. 2).

[2] Louet, lettre D., somm. 53 et lettre I., somm. 1, n° 3. Argou, t. II, p. 164.

[3] Fargol sur l'art. 21 de l'ordonn. de 1731, sur ces mots : « dans les pays où ils sont en usage. » De Catellan, liv. 3, ch. 9. Bergier sur Ricard, t. 1, p. 283 et 286, note a. Merlin, *Repert.*, v° *Donation*, sect. vi, § 2. Poitiers, 16 avril 1834 (Devill., 40, 1, 217. Dalloz, 40, 1, 134. *Journal du Palais*, 1, 40, 389).

[4] Duranton, t. IX, n° 688; Zacharie, 2, 2, § 264, note 24. Cassat., 4 janvier 1830 (Devill., 9, 1, 420). Douai, 16 fév. 1846 (Devill., 46, 2, 319. Dalloz, 46, 2, 227. *Journal du Palais*, 46, 1, 373).

[5] Coin-Delisle sur l'art. 1092, n° 8.

[6] T. II, p. 164, *in fine*.

[7] Caen, 13 décembre 1816. Le pourvoi a été rejeté le 5 mai 1818 (Devill., 3, 1, 474. Dalloz, 6, 236. *Journal du Palais*, 20, p. 368). Rouen, 8 mars 1835 (Devill., 38, 2, 437. Dalloz, 38, 2, 236. *Journal du Palais*, 38, 2, 319). Jugez Zacharie, t. V, p. 543, note 3.

2540. Dans la donation cumulative, les biens présents eux-mêmes ne passent pas aux enfants du donateur prédécédé.
2541. La donation de biens présents sous des conditions potestatives ne profite pas non plus à ses enfants.
2542. De la donation de biens à venir entre époux. Droits du donateur.
2543. De l'institution contractuelle.
2544. De la donation de biens présents et à venir. De l'hypothèque légale de la femme donataire.
2545. De la donation d'une somme à prendre en cas de survie.

2546. De la renonciation anticipée aux gains de survie entre époux sur des biens à venir.
2547. De la renonciation que ferait la femme donataire.
2548. Du cas où la renonciation serait au profit des enfants communs.
2549. Du cas où la disposition portant sur les biens à venir est à titre particulier.
2550. De la renonciation aux gains de survie sur des biens présents.
2551. Du cas où c'est la femme donataire qui renonce.
2552. De la renonciation aux donations de biens présents sous des conditions potestatives.

COMMENTAIRE.

2537. D'après cet article, les époux peuvent, dans leur contrat de mariage, se faire des donations de leurs biens à venir, par exemple des acquêts qu'ils feront pendant leur mariage; ils peuvent s'instituer héritiers contractuels ou donataires de leurs biens présents et à venir. Il n'y a aucune contradiction entre notre article et l'art. 1389 au titre du *Contrat de mariage*, qui défend aux époux de faire « aucune convention » ou renonciation dont l'objet serait de changer « l'ordre légal des successions. » Car l'art. 1389 précise et restreint la portée de sa prohibition en ajoutant : « soit par rapport à eux-mêmes » dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants « entre eux. » Le législateur n'interdit donc pas aux époux de s'appeler à la succession l'un de l'autre par une clause de leur contrat de mariage; et il indique lui-même cette conciliation de nos articles par ces derniers mots de l'art. 1389, « sans préjudice des donations entre-vifs ou testamentaires qui pourront avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés par le présent Code. »

2538. Tous les développements que nous avons donnés sous les art. 1082 et suivants, trouvent ici leur application. Une seule modification est à faire. Elle consiste en ce que la donation de biens à venir et celle de biens présents et à venir ne sont pas transmissibles aux enfants du donataire si ce donataire décède avant le donateur. La raison en est que le donateur n'est présumé avoir voulu gratifier que son conjoint, et non les enfants de son conjoint qui sont aussi les siens, puisque ces mêmes enfants doivent trouver dans sa propre succession les biens qui lui restent par le prédécès de son conjoint (1).

2539. On s'est demandé si les donations

entre époux de biens à venir et de biens présents et à venir peuvent être faites expressément et subsidiairement au profit des enfants à naître du mariage.

Quoique la loi ne s'explique pas ici d'une manière topique sur ce pacte, nous croyons qu'il est dans sa pensée de ne pas l'autoriser. D'une part, il est de principe général qu'on ne peut disposer au profit de celui qui n'existe pas encore (2). De l'autre, l'art. 1095 semble plutôt écarter de la matière que favoriser les exceptions apportées à ce principe par les articles 1048, 1081 et 1082 du Code. Enfin, il est d'un mauvais calcul pour la puissance paternelle de se dépouiller par avance en faveur des enfants à naître; c'est s'enlever un droit domestique utile à la famille; c'est se lier les mains pour l'avenir et s'interdire aveuglément les combinaisons propres à maintenir l'ordre et la discipline entre les enfants (3).

Ce sont là au surplus des questions d'école. On peut s'en rapporter au bon sens des futurs pour ne pas les rencontrer dans la pratique.

2540. Delvincourt (4) pense que si un époux a fait à son conjoint une donation de biens présents et à venir, elle sera, quant aux biens présents, transmissible aux enfants. C'est une erreur qui est la conséquence naturelle de l'opinion embrassée par cet auteur sur la donation de biens présents et à venir. Il la regardait comme se composant de deux donations distinctes et juxtaposées, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir (5).

Mais la donation de biens présents et à venir est unique jusqu'au décès du donateur; ce n'est qu'à ce moment qu'elle le dessaisit pour faire passer les choses données entre les mains du donataire (6). Si donc le donataire meurt avant le donateur, il n'a rien à transmettre à ses en-

(1) Grenier, n° 448. *Infra*, n° 2738.

(2) Art. 906 du C. Nap.

(3) Delvincourt, t. II, p. 448. Coin-Delisle sur le même article, n° 4. *Contrà*, Duranton, t. IX, n° 759.

Zachariae, t. V, p. 540.

(4) T. II, p. 447.

(5) T. II, p. 110.

(6) *Suprà*, nos 2391, 2398, 2400, etc.

fants, et ceux-ci qui ne trouvent rien dans sa succession, n'ont de leur chef aucun droit pour recueillir la donation à cause de l'art. 1083 [1].

2541. Lorsqu'une personne en se mariant donne des biens présents à son époux en se réservant la faculté de disposer de tout ou partie des biens par elle donnés, une semblable donation est-elle transmissible aux enfants en cas de prédécès du donataire? Si la donation portait sur des biens à venir dont le donateur se serait réservé la faculté de disposer même à titre gratuit, il serait certain que le prédécès du donataire entraînerait la caducité de la disposition et que les enfants n'auraient aucun droit de leur chef. Mais la décision doit-elle être la même si la donation a pour objet des biens présents? Cette question dépend de celle de savoir si la caducité prononcée par l'art. 1089 s'applique aux donations de biens présents faites sous des conditions potestatives conformément à l'article 1086. Nous l'avons résolue pour l'affirmative au n° 2483; il faudra donc décider qu'en cas de prédécès du donateur, ces donations ne profitent pas aux enfants du mariage [2].

2542. Il serait inutile de rappeler ici toutes les règles des donations de biens à venir ou de biens présents et à venir. Insistons seulement sur quelques-unes qui ont attiré l'attention de la jurisprudence.

La donation de biens à venir, par exemple la donation des acquêts qui seront faits pendant le mariage, et des biens que le donateur recueillera dans la succession de ses père et mère, n'est pas seulement suspendue par une condition. Elle est éventuelle jusqu'à la mort du donateur, qui ouvre le droit du donataire sans rétroactivité, et celui-ci doit respecter les aliénations à titre onéreux et les constitutions d'hypothèques ou de servitudes faites par le donateur; c'est pour cela que la transcription n'y est pas exigée. La femme donataire n'a donc pas d'indemnité à exiger de son mari, qui a usé de son droit en disposant des biens à titre onéreux; elle ne pourrait pas, par exemple, demander à être remboursée sur les valeurs mobilières de l'avantage qui lui avait été assuré sur les immeubles à venir et que son mari a rendu inutile et caduc en les aliénant [3]. Elle ne pourrait pas non plus recourir à son hypothèque légale pour nuire aux

tiers qui ont légalement traité avec le mari.

Mais il est interdit au donateur de diminuer, par des aliénations gratuites, le don par lui fait sur ses biens à venir. Le donataire pourra donc revendiquer les biens contre les tiers donataires eux-mêmes [4].

2543. Tout ceci s'applique à l'institution contractuelle dans tous les biens que le donateur laissera à son décès. Il est inutile d'insister sur cette vérité; l'hypothèque de la femme ne saurait empêcher le mari d'user du bénéfice du droit commun; elle ne saurait altérer la nature de l'institution contractuelle [5].

2544. Supposons, maintenant, une donation de biens présents et à venir faite entre futurs époux par contrat de mariage, par exemple, une donation mutuelle de l'usufruit de tous les biens présents et à venir au profit du survivant.

Ici, de deux choses l'une.

Ou l'état des dettes prescrit par l'article 1084 n'a pas été annexé à la donation, ou il y a été annexé.

S'il n'y a pas été annexé, la donation prend la couleur d'une institution contractuelle, et le mari peut user de son droit d'aliénation à titre onéreux, sans que l'hypothèque légale de la femme puisse s'entremettre pour l'en empêcher.

Ou l'état des dettes a été annexé, et comme alors le donataire a un droit d'option pour les biens présents, comme il est créancier conditionnel à raison de ces biens présents, il s'ensuit que la femme aura, dans son hypothèque légale, un moyen particulier de faire rentrer, si le moment arrive, les biens présents aliénés, et cette hypothèque aura rang à partir de son contrat de mariage [6].

2545. Assez souvent la donation consiste en une somme à prendre, en cas de survie, soit sur les propriétés du futur, soit en argent, au choix de la future. Une telle donation est éventuelle, puisqu'elle dépend de la condition de survie. De plus, elle ne peut s'exercer que sur les biens qui existeront au décès du mari. La femme ne peut donc empêcher le mari de disposer des immeubles à titre onéreux ou de les hypothéquer. Mais son hypothèque légale lui reste pour se faire payer sur la redevance des immeubles [7]. S'il

[1] Duranton, t. IX, n° 760. Vazeille sur l'art. 1093, n° 3.

[2] Grenier, n° 446. Delvincourt, t. II, p. 447. Duranton, t. IX, n° 738. Contra, Coin-Delisle sur l'article 1092, n° 9.

[3] Cassat., 23 mars 1841. Devill., 41, 1, 298. Dalloz, 41, 1, 195.

[4] Cassat., 9 août 1840 (Devill., 1840, t. 849).

[5] Voy. une note très-bien faite dans le recueil de Devill., 4, 2, 251.

[6] Arg. d'un arrêt de Grenoble, 12 janvier 1813, rendu sur un contrat de mariage passé sous l'ordonn. de 1731 (Devill., 4, 2, 251). Voyez la note de l'arrêtiste; elle mérite d'être remarquée.

[7] Cassat., req., 4 février 1835 (Devill., 35, t. 307).

n'y en a pas, elle peut prendre son don sur les valeurs de la succession.

2546. Nous avons examiné ci-dessus la question de savoir s'il est permis de renoncer, avant la mort du donateur, à l'institution contractuelle et à la donation de biens présents et à veur [1]. La négative, qui est une des règles de la matière, est applicable aux donations entre futurs époux [2].

Ceci n'est pas contraire à ce que nous avons enseigné dans notre *Commentaire de la Vente*, à savoir qu'on peut disposer d'un gain de survie avant son ouverture [3]. Quand nous avons avancé cette proposition, nous n'avons parlé que des gains de survie qui n'ont pas un caractère successif, des gains de survie, disons-nous, dont on dispose en qualité de créancier et non en qualité d'héritier. Nous y reviendrons tout à l'heure [4]. Mais ici nous ne nous préoccupons que des gains de survie qui ont pour but de faire un héritier ou un donataire qui est *loco heredis*. Or, l'époux qui, avant l'ouverture de la donation, disposerait du droit qu'elle lui confère, stipulerait sur un droit successif et violerait les articles 791 et 1130 du Code Napoléon.

Ainsi, deux futurs époux se font, par contrat de mariage, donation mutuelle de l'usufruit de tous les biens qu'ils laisseront à leur décès. Plus tard, le mari veut ériger un majorat en sa faveur et au profit de sa descendance mâle, et il obtient de sa femme qu'elle renonce à son droit éventuel sur une terre comprise dans la donation. Cette renonciation est un pacte sur une succession future, et ne peut se soutenir en présence des articles 791 et 1130 du Code Napoléon [5].

De même, les futurs s'étant fait donation de l'usufruit des biens que le prémourant laisserait à son décès, si l'époux donne à ses neveux et nièces la nue propriété et si l'épouse intervient à l'acte pour renoncer en leur faveur à son usufruit moyennant une rente viagère, cette renonciation est nulle, parce qu'elle a le caractère d'une stipulation sur une succession non ouverte [6].

2547. Remarquons même que lorsque c'est la femme qui renonce, il y a une raison de plus, qui bien souvent vient ébranler la force de sa

renonciation; elle se tire de l'influence du mari, qui peut se servir de son pouvoir pour obtenir d'elle des concessions et arriver par son influence à modifier après coup les clauses du contrat de mariage [7]. Il ne faut pas que le mari trouble, par des exigences irrésistibles pour une épouse soumise, les pactes matrimoniaux et dérange l'équilibre que ces pactes ont apporté dans la situation des époux [8]. Ces considérations ont été développées dans un arrêt de la cour de cassation du 11 janvier 1853, où il paraissait qu'un sieur de Chanaleilles avait obtenu de sa femme une renonciation à sa donation pour l'établissement d'un de leurs enfants; renonciation qui, dans l'espèce, n'était qu'un effet de l'autorité du mari, et, par suite, une atteinte à la fixité de leur contrat de mariage [9].

2548. Abstraction faite de cette circonstance aggravante et en supposant une renonciation qui serait toute spontanée, on peut se demander si l'un des époux, donataire par contrat de mariage, ne pourrait pas renoncer aux avantages matrimoniaux dont nous nous occupons, au profit d'un de ses enfants et par le contrat de mariage de ce dernier.

Par exemple :

Primus institue sa future épouse dans l'usufruit de ses biens présents et à venir. Trois fils naissent du mariage, et lors de l'établissement de l'aîné, son père lui donne la moitié de ses biens présents et à venir en propriété, par contrat de mariage, et la mère, par le même acte, renonce en sa faveur à son usufruit sur ces mêmes biens. Dans cet état, la mère, survivant à son mari, pourrait-elle contester la validité de cette renonciation?

Un arrêt de la cour de cassation du 11 janvier 1853, que nous citons au numéro précédent, s'est prononcé pour l'affirmative :

« Attendu que la femme instituée par son « contrat de mariage donataire en usufruit de « la moitié des biens que son mari laissera à « son décès, se trouve saisie par là d'un droit « destiné à s'exercer sur la succession future du « mari;

« Attendu que si ce droit est contractuel par « son origine, s'il est conditionnel et subor- « donné au cas de survie du donataire, s'il

[1] N^o 2553 et 2431.

[2] *Contrat*, Bourges, 29 août 1832 (Devill., 34, 2, 34). Un mari, institué contractuel par sa femme, avait approuvé une donation et une institution contractuelle que cette dernière avait faites pour l'établissement de sa petite-fille. Ayant voulu faire tomber ces dispositions, il lui déclarait non recevable, parce qu'il avait approuvé la donation qui lui préjudiciait.

[3] N^o 250.

[4] N^o 2550.

[5] Orléans, 4 août 1849 (Deville., 50, 2, 202). Le pourvoi a été rejeté par arrêt de la chambre civile de la cour de cassation du 12 janvier 1853 (Deville., 53, 1, 71. *Journal du Palais*, 53, 1, 11, p. 129).

[6] Cassat., req., 10 août 1840 (Deville., 40, 1, 757. *Journal du Palais*, 40, 1, II, 238).

[7] Arrêts cités dans les notes précédentes.

[8] *Mon Contrat de mariage*, t. I, n^o 302.

[9] Devill., 53, 1, 65. *Journal du Palais*, 53, 1, 1, p. 129. *Infra*, n^o 2551.

« est incertain dans son émolument, puisqu'il
 « pourra ne rester aucun bien dans la suc-
 « cession, ces divers caractères ne l'empêchent pas
 « d'être, quant à ses effets, un véritable droit
 « successif, ne pouvant s'exercer que sur une
 « hérédité; d'où il suit qu'en annulant la re-
 « nunciation de 1852, comme contraire aux lois
 « qui défendent de renoncer à une succession
 « non ouverte, l'arrêt attaqué, loin de violer les
 « art. 791 et 1130 du Code Nap., en a fait au-
 « contraire une juste application. »

Cette décision est très-juridique. Bien des considérations se présentent, cependant, à l'esprit pour élever la voix en faveur de la renonciation. La mère a obéi à un sentiment naturel; elle a voulu favoriser l'établissement de son fils; elle a disposé au profit de la personne la plus chère pour elle, et il s'en faut de beaucoup que ce soit là un de ces pactes odieux par lesquels on stipule sur la succession d'une personne vivante.

Il faut répondre, nonobstant ces raisons, qu'on ne saurait juger autrement. L'art. 791 est formel. Malgré la faveur dont jouissent les contrats de mariage, malgré la grande liberté des époux pour y faire entrer toutes sortes de conventions contraires au droit commun, il n'en est pas moins vrai que la loi ne pousse pas la condescendance jusqu'à permettre de les faire servir à un traité sur la succession d'une tierce personne vivante. « On ne peut, dit l'art. 791, même par « contrat de mariage, renoncer à la succession « d'un homme vivant, ni aliéner les droits éven-
 « tuels qu'on peut avoir à cette succession. »

Dans l'espèce posée, qu'avait fait la femme de Chanaleilles? Dans le contrat de mariage de son fils, elle avait renoncé aux droits successifs qu'elle avait dans l'hérédité de son mari, et elle les avait aliénés, avant leur ouverture, en faveur de ce fils. La contravention à l'art. 791 était flagrante.

A cette raison de droit ajoutez que la mère peut, par de telles renonciations, troubler la paix intérieure de la famille, exciter la jalousie des frères et engager son avenir avec une imprudence dont on la voit souvent se repentir [1].

Je n'ignore pas que la jurisprudence offre des exemples de ces renonciations *in facorem*. Si elles n'ont pas toujours été annulées, c'est qu'elles n'étaient pas attaquées pour violation de l'article 791 [2].

2549. Tout ce que nous venons de dire s'applique aux dispositions qui, sans être universelles ou à titre universel, constituent cependant des donations à cause de mort, des espèces de legs faits par contrat.

Supposons que le mari ait donné à sa femme une somme à prendre sur ses biens à venir. C'est là une disposition analogue à un legs et que la femme ne pourrait ni aliéner, ni répudier du vivant de son mari. L'art. 791 s'applique manifestement ici.

Benech, qui est de notre avis pour le cas de renonciation pure et simple, croit que par contrat de mariage la femme, même du vivant de son mari, pourrait céder son droit à une personne déterminée [3]. Je n'aperçois pas la raison de cette différence. L'art. 791 ne permet pas plus les pactes sur les legs faits par un homme vivant que sur la succession entière de cette même personne.

C'est en vain que Benech oppose que, d'après les art. 945 et 947 du Code Napoléon, on peut donner par contrat de mariage des biens à venir. Je ne le nie pas; mais les biens à venir que ces articles ont en vue ne sauraient, d'après l'art. 791, être ceux qui font partie de la succession d'un homme vivant et dont on espère hériter à un titre plus ou moins restreint.

2550. Arrivons maintenant aux renonciations de gains de survie qui ne portent pas le caractère de droits successifs. Quand le gain de survie consiste en un bien présent, donné sous condition que le donateur prédécéderait, ou en une créance à prendre sur les biens présents, après le décès du donateur, quand, en un mot, la donation porte sur un droit certain et irrévocable, quoique suspendu par la condition de survie, il y a alors tout simplement un créancier éventuel de la succession, mais non pas un héritier, et ce créancier peut disposer de son droit; il peut le vendre, le céder, le transporter, en faire l'objet d'une transaction [4]. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation du 16 juillet 1849 [5], qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'Agen du 12 mai 1818 [6]. Dans cette espèce, le sieur Leyssès avait assuré à sa future épouse, par contrat de mariage, en cas de survie, la propriété du domaine de Bau-lac, avec stipulation que s'il y avait des enfants du mariage, le gain de survie serait réduit à l'usufruit de ce domaine. En 1822, Leyssès ma-

[1] Dans l'affaire Chanaleilles on voit que la mère avait, en effet, varié dans ses résolutions: elle avait abandonné la cause de son fils, puis, tirée à l'équilibre, elle était revenue à lui.

[2] Cassat., 18 avril 1812 (Devill., 4, 1, 79). Suprà, nos 2535 et 2431.

[3] De la quotité disponible entre époux, p. 166.

[4] Art. 1130 du C. Nap.: Mon Comm. de la Vente, t. I, n° 250.

[5] Devill., 50, 1, 380.

[6] Devill., 48, 2, 302. Journal du Palais, 48, t. II, p. 216.

rie une de ses filles; il lui donne par préciput le tiers de tous ses biens présents et lui abandonne le domaine de Baulac en déduction de ce tiers. La mère intervient au contrat de mariage, et, pour faciliter l'établissement de sa fille, elle déclare renoncer à son usufruit éventuel, moyennant une somme annuelle de 800 fr., hypothéquée sur le domaine de la Pinière.

Puis, en 1831, lors du mariage d'une seconde fille, la dame Leyssès renonce en faveur de celle-ci à sa pension de 800 fr. et à son hypothèque.

Le père étant mort en 1846, la dame Leyssès essaya de revenir sur ses renoncements; mais elle échoua par la considération qu'elle n'était ni héritière ni successorale de son mari et qu'elle n'avait à exercer que des droits à elle concédés comme créancière.

Cet arrêt n'est pas le seul. Ainsi, il a été jugé qu'une femme à qui son mari a assuré par son contrat de mariage une rente viagère en cas de survie, peut, en cas de séparation de biens, transiger avec son mari et des tiers sur ce gain de survie et y renoncer moyennant une somme fixe. Ce n'est pas un pacte sur une succession future, la femme n'étant pas héritière; c'est un créancier qui stipule sur son droit éventuel (1).

De même la cour de cassation a jugé qu'une épouse à qui son contrat de mariage assure une somme d'argent pour frais de deuil et de plus une rente viagère et alimentaire à titre de gain

de survie, peut céder ces avantages aux créanciers de son mari, parce qu'elle ne fait que disposer d'une créance éventuelle (2).

2551. Cependant, il faudrait voir, d'après les faits, si la renonciation de la femme ne serait pas l'effet de l'influence maritale. et si, dès lors, elle ne serait pas une dérogation aux clauses du contrat de mariage. Par exemple, une femme a, sous condition de survie, un usufruit sur un domaine déterminé. Le mari, voulant vendre cet immeuble, porte sa femme à y renoncer. Un arrêt de la cour de Toulouse, du 7 mars 1829, a décidé que cette renonciation était nulle et contenait une violation de l'article 1593 du Code Napoléon (3).

Si, au contraire, rien ne prouve que la femme a cédé à l'autorité maritale, si l'on voit dans sa renonciation un acte libre, spontané et déterminé par la seule affection maternelle, on décidera que l'épouse, loin d'avoir dérogé aux stipulations de son contrat de mariage et violé l'art. 1593, n'a fait qu'user de leur bonté; qu'elle les a même exécutées et que tout est légitime dans sa libéralité (4).

2552. Quant aux donations de biens présents, soumises à des conditions potestatives, elles sont susceptibles de renonciation et de cession avant la mort du donateur, tout aussi bien que les donations dont nous avons parlé au numéro 2550.

ARTICLE 1094.

L'époux pourra, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pour le cas où il ne laisserait point d'enfants ni descendants, disposer en faveur de l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et, en outre, de l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers.

Et pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants ou descendants, il pourra donner à l'autre époux, ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement.

SOMMAIRE.

2553. De la quotité disponible spéciale au conjoint.
Motifs de sa détermination.
2554. Si la quotité est dépassée, il y a lieu à réduction et non pas à nullité.

2555. Du cas où le donateur n'a point d'héritiers réservataires.
2556. Du cas où le donateur laisse des ascendants pour héritiers.

[1] Cassat., 22 février 1831 (Devill., 31, 1, 107. Dalloz, 31, 1, 103).

[2] Cassat., ch. civ., rejet, 31 mai 1826 (Dalloz, 26, 1, 252. Devill., 8, 1, 330. Journal du Palais, XX, 327).

[3] Devill., 9, 2, 259. Voy. *supra*, n° 2547.

[4] Cassat., 16 juillet 1849, req. (Devill., 30, 1, 380). Rejet du pourvoi contre l'arrêt d'Agen du 12 mai 1848 (Devill., 48, 2, 301, 302).

2337. Un legs universel ou un don du disponible embrasse l'usufruit de la réserve, sans clause expresse et spéciale.
2338. Suite.
2339. Du cas où le donateur laisse des descendants [1]. L'art. 1094 fixe un maximum qui ne saurait être dépassé, mais même que le donateur ne laisse qu'un enfant.
2360. Arguments présentés en sens contraire par Boutech.
2361. Réfutation. Du projet Jacqueminot.
2362. Suite.
2363. Suite. Analyse du texte.
2364. Suite. Discussion au conseil d'Etat.
2365. Suite. Considérations morales.
2366. Etat de la jurisprudence.
2367. De quel se compose la quotité disponible dont s'agit.
2368. Pourquoi le Code a-t-il ajouté : « on une moitié en usufruit ? »
2369. Comment se réduit le don de l'usufruit de tous les biens ?
2370. Suite.
2371. De l'application de l'art. 917 à notre matière.
2372. Suite.
2373. Comment se réduit le don d'une rente viagère ?
2374. Suite. Système équitable de la cour de Rouen.
2375. Du don ou legs de tout ce dont on peut disposer.
2376. L'époux donataire d'un usufruit peut-il être dispensé de fournir caution ?
2377. Suite. Jurisprudence.
2378. L'usufruit, donné avant le Code sous un statut qui dispensait de fournir caution, conserve le bénéfice de cette dispense, quoique écarté sous le Code.
2379. Que décider de la dispense de faire inventaire ?
2380. Du conflit de donations imputables sur les deux quotités disponibles des art. 915 et suiv., et de l'art. 1094.
2381. Ces deux quotités ne peuvent se cumuler.
2382. Suite.
2383. De la combinaison des deux quotités. Division de la question.
2384. Du cas où la quotité ordinaire est plus considérable que la quotité spéciale au conjoint.
2385. Si la donation faite au conjoint est excessive, le tiers peut-il profiter de la réduction au lieu par le conjoint ?
2386. Suite.
2387. Raison spéciale de décider lorsque le donateur a lui-même ordonné la réduction.
2388. Suite.
2389. Suite. Jurisprudence de la cour de cassation.
2390. Du cas où la quotité particulière aux époux est supérieure au disponible ordinaire.
2391. On peut donner à son conjoint l'excédent du disponible spécial, bien que ce soit au tiers et non son époux qu'on ait gratifié du disponible ordinaire.
2392. Et cela, lors même que les libéralités sont contenues dans le même testament.
2393. La solution est la même, si le réservataire est un ascendant.
2394. Suite.
2395. Toutefois le testateur a pu vouloir que l'usufruit par lui légué à sa veuve se prit sur le disponible ordinaire.
2396. Pour la combinaison des deux quotités dans l'hypothèse décrite au n° 2390, trois cas sont à considérer.
2397. Premier cas. La donation faite à l'époux est postérieure à celle faite à l'étranger.
2398. Suite. Le conjoint profite de la réduction au lieu par l'étranger.
2399. Deuxième cas. La donation faite à l'époux est antérieure à celle faite à l'étranger. Si l'époux est gratifié d'un quart en propriété, l'étranger peut-il recevoir un quart en usufruit ? Non.
2400. Si l'époux a reçu moitié en usufruit, l'étranger peut-il recevoir un quart en propriété ? Non.
2401. Suite. Arguments de l'opinion contraire.
2402. Suite. Réfutation.
2403. Suite.
2404. Suite. Jurisprudence de la cour de cassation et des cours impériales.
2405. Suite. Il importe que les contrats de mariage soient antérieurs au Code Napoléon.
2406. Troisième cas. Les libéralités au conjoint et à l'étranger sont dans le même acte. Dans le testament le legs à l'étranger est écrit avant le legs à l'époux.
2407. Le legs fait à l'étranger est écrit après celui fait à l'époux.
2408. Quel si les legs sont contenus dans des testaments distincts ?
2409. Comment s'évalue un don en usufruit ? L'appréciation dépend des circonstances.
2410. Suite. Arrêt contraire.
2411. Jurisprudence générale des tribunaux.
2412. Que décider si l'usufruitier meurt avant l'évaluation de son droit ?
2413. De l'ordre à suivre dans la réduction, quand il y a excès dans les donations.
2414. Lorsque les libéralités sont faites par testaments, comment procéder ?
2415. Suite. Premier système.
2416. Suite. Deuxième système.
2417. Réfutation du second système.
2418. La question n'est pas tranchée par des arrêts, elle a été écartée par le consentement des parties.
2419. Si l'époux gratifié renonce à son gain de survie, qui est-ce qui en profite ? Les autres donataires ou légataires.
2420. Il en est autrement, si l'époux après la mort du donateur a d'abord accepté et renoncé ensuite.
2421. Que peut léguer un mineur marié à son conjoint ?

COMMENTAIRE.

2353. Nous avons vu précédemment les limites apportées par la prévoyance du législateur au pouvoir de disposer. Une réserve indisponible est assurée aux enfants et aux ascen-

dants ; le surplus du patrimoine est seul disponible entre les mains du père de famille. Mais cette réserve et cette quotité disponible ne sont pas fixées *a priori* d'une manière absolue

[1] App. Ce cas a donné lieu, en France, à de graves débats entre les juriconsultes. La doctrine n'est pas fixée ; la jurisprudence ne l'est pas non plus. Mais la question ne paraît pas avoir le même intérêt en Belgi-

que, où la difficulté ne semble pas s'être agitée devant les cours d'appel. Les arrêts n'ont recueilli, à ce qu'il semble, aucun document juridique sur ce point.

et invariable. La réserve s'élargit suivant le nombre des personnes privilégiées à qui elle est due, et la quotité disponible, qui en est le corrélatif, diminue dans une proportion correspondante. En principe, la quotité disponible ne dépend pas de la qualité des personnes que la volonté du père de famille peut appeler à en profiter; elle est subordonnée au contraire à la qualité et au nombre des personnes investies de la réserve. Que le testateur veuille être libéral envers ses enfants ou envers un étranger, son pouvoir n'est ni plus ni moins étendu. En pareil cas, la loi reste indifférente pour ceux qui sont appelés par la volonté de l'homme; elle n'est préoccupée que de ceux qui sont appelés par le droit du sang.

Mais quand la libéralité du père de famille s'adresse à son conjoint, ces règles se modifient, et la qualité de la personne fait prévaloir des considérations d'un autre ordre. L'époux est digne de faveur par son affection et ses services pieux; il faut donc élargir pour lui le champ de la quotité disponible ordinaire. Mais il peut se remarier, et il sera d'autant plus porté à former une seconde union, que la première aura été moins féconde. Il ne faudra donc pas laisser subsister ici la règle de progression qui élève la quotité disponible suivant qu'il y a moins d'enfants; car ce serait exciter à de seconds mariages et en augmenter la dot. La quotité disponible ne variera donc pas suivant le nombre des enfants; elle sera fixée d'une manière uniforme pour tous les cas.

Rien n'est plus naturel, du reste, que les donations entre futurs époux, ou entre époux. L'affection conduit à la libéralité, et la libéralité est un aiguillon de plus pour l'accomplissement cordial des devoirs réciproques. Lorsque la fortune des conjoints n'est pas la même, une donation du plus riche assure à l'autre, en cas de survie, le maintien d'une existence honnête; elle l'empêche de déchoir de sa position et de rester à la merci des enfants. Tout époux qui oublie d'assurer à son conjoint une aisance qui ne s'éloigne pas trop de celle dont il a joui pendant le mariage, mérite tout au moins le reproche d'imprévoyance. Mais pourrait-il toujours se montrer prévoyant, si les limites ordinaires de la quotité disponible n'étaient pas élargies?

Il était d'autant plus juste de permettre aux conjoints de se faire des libéralités assez considérables, que le Code a supprimé les institutions qui, dans notre ancien droit, assuraient au survivant des époux une existence digne de la famille, à savoir, le douaire, l'augment de dot

et le contre-augment. Notre législateur a voulu qu'un époux obtint de l'attachement et de la reconnaissance de son conjoint ce que la législation ancienne lui conférait de plein droit [1]. Cette pensée est très-sage; mais elle entraîne par conséquence que les époux puissent céder à la voix de leur cœur, en se donnant dans une mesure assez large pour assurer le sort du survivant.

D'ailleurs, comment les enfants et descendants pourraient-ils se plaindre de ces libéralités qui donnent l'aisance et l'indépendance à une personne qu'ils doivent hériter et dont ils sont les héritiers présomptifs?

2554. Arrivons à l'explication de notre article. Il détermine la portion disponible en faveur d'un époux par un autre époux. Inutile de dire que si le donateur dépassait cette quotité, sa libéralité ne serait pas nulle, mais seulement réductible.

2555. Trois cas peuvent se présenter. Et d'abord il faut supposer que le donateur n'a point d'héritiers réservataires. Alors le donateur est maître de donner à son conjoint la totalité de son bien. La législation moderne est étrangère au souci de l'ancien droit coutumier pour la conservation des propres dans les familles. Elle permet à l'époux de suivre les affections de son cœur, et de donner, par une disposition expresse, la préférence à son conjoint sur tous ses parents.

2556. Supposons maintenant (c'est notre deuxième cas) que le donateur ne laisse pas de descendants, mais qu'il laisse des ascendants. L'époux peut alors donner à son conjoint la portion disponible déterminée par l'art. 913 du Code Napoléon; il peut lui donner de plus l'usufruit de la portion réservée aux ascendants.

De Malville remarque qu'il « est véritablement dérisoire de renvoyer les ascendants, pour la jouissance de leur réserve, à la mort de leurs gendres ou brus, qui ont de moins qu'eux l'âge d'une génération [2]. »

Mais le Code ne s'est pas arrêté à cette objection, qui n'annonce pas une profonde étude du principe de la loi. La faveur du mariage l'a emporté, à ses yeux, sur la faveur des ascendants, et ce n'est pas sans des motifs plausibles. Les ascendants ont un intérêt de cœur et de famille à l'établissement de leurs enfants. Presque toujours ils se dépouillent volontairement eux-mêmes pour les marier avec avantage. Comment pourraient-ils s'étonner dès lors que leur fils, qui se marie, amoindrisse leur réserve par une donation qui est destinée à arriver au but

[1] *Supra*, n° 2516.

[2] *Anal. de la discus.*, sur l'art. 1094, t. II, p. 537.

qu'ils poursuivent de tous leurs vœux ? Et quand c'est pendant le mariage que l'un des conjoints fait à l'autre un avantage, n'est-il pas dans la nature que le donateur soit moins libéral pour des ascendants que pour la personne avec laquelle il a confondu sa vie, qui a travaillé avec lui et qui a peut-être contribué à former cette fortune dont il dispose ? La loi n'a fait que suivre l'ordre des affections, quand elle a voulu que la portion disponible devint plus considérable au préjudice des ascendants, alors qu'il y a un conjoint, que dans les cas où il n'y en a pas. Entre simples parents, l'art. 913 a posé une règle qui est vraie. Mais cette règle devient fautive en présence d'un époux, parce que l'amour conjugal n'a d'égal que dans l'amour paternel, et qu'il est supérieur à l'affection pour les ascendants.

D'un autre côté, la condition du père n'est pas changée, lorsque au décès de son fils il trouve la succession de ce dernier grevée d'un usufruit au profit de son épouse. Mais combien la condition de celle-ci ne pourrait-elle pas se trouver amoindrie, si elle n'avait pas une jouissance à laquelle elle a été associée pendant son union ?

Après tout, si l'ascendant éprouve des besoins, il a la ressource de pouvoir vendre la nue propriété. L'objet réservé [1].

Telle est donc la raison philosophique de la loi : elle a suivi l'ordre des affections. C'est ce que Jaubert déclarait très-nettement dans son rapport au tribunal [2] : « Parattra-t-il trop rigoureux de priver les ascendants de l'usufruit de la réserve ? C'est en quelque sorte de laisser la réserve que pour leurs héritiers. » Mais c'est la faveur du mariage [3]. »

On voit que dans l'hypothèse que nous venons d'examiner, l'époux donataire est doté d'une portion disponible plus considérable que l'étranger. Nous verrons tout à l'heure qu'il y a des circonstances où il peut recevoir moins qu'un étranger.

2557. Comme l'opinion de Maleville, rappelee il n'y a qu'un instant, s'est trouvée partagée par des esprits inattentifs, il est arrivé qu'on a considéré l'attribution de l'usufruit sur la réserve de l'ascendant comme tellement exorbitante, qu'on a exigé qu'elle résultât d'une clause spéciale et expresse. Les scrupules ont même été poussés si loin, qu'on ne s'est pas contenté d'une disposition universelle faite en faveur de l'époux, pour décider que celui-ci a

droit non-seulement à la quotité disponible ordinaire, mais encore à l'usufruit de la réserve des ascendants.

C'est là une erreur : la loi n'a pas prescrit de forme solennelle ou sacramentelle pour qu'on usât de la quotité particulière aux époux. Or peut-on douter que celui qui a déclaré donner toute sa fortune, ait voulu donner la portion entière de cette fortune laissée à sa disposition par le législateur ? L'usufruit de ce qui est réservé aux ascendants ne fait-il pas partie du disponible à l'égard du conjoint ? Ne doit-il pas en conséquence être compris dans une disposition qui, dans la pensée de son auteur, est aussi étendue que la loi le permet ?

Voyons, cependant, un arrêt de la cour d'Agen qui juge le contraire.

Une dame Couture avait légué à son mari « son entière succession telle qu'elle se composerait à l'époque de son décès, au moyen de » quoi elle l'instituait pour son héritier ou pour » son légataire universel et général. »

Elle mourut laissant sa mère pour unique héritière.

Malgré la généralité des termes du testament, la cour d'Agen a refusé au mari survivant l'usufruit de la réserve légale de la mère, « attendu » que l'obligation d'une disposition expresse, » pour retrancher l'usufruit de la réserve attribuée aux ascendants, se trouve manifestement prescrite par l'art. 1094, puisque, après » avoir disposé que l'époux pourra donner à » l'autre époux tout ce dont il pourrait disposer » en faveur d'un étranger, la loi ajoute : » et, » en outre, l'usufruit de la totalité de la portion » dont la loi prohibe la disposition au préjudice » des héritiers, » ce qui démontre que le legs » universel n'opère rien contre la réserve, puis- » que, outre ce legs, la loi donne une faculté » plus étendue à l'époux, et que, ne l'exprimant pas, il est censé ne pas vouloir en faire » usage [4]. »

Mais cet arrêt est resté isolé. De nombreuses espèces ont été discutées, et la formule générale s'y est produite avec quelques variétés : toutefois la question a été résolue, toujours en faveur de l'époux.

Ici, c'est un mari qui, par testament, « avait » donné à son épouse la jouissance de son entière hérédité [5].

Là, ce sont deux époux qui, par contrat de mariage, « s'étaient fait donation mutuelle de

[1] Grenier, n° 449, t. III, p. 456, édit. de Bayle-Moufflard.

[2] Fœnet, t. XII, p. 621.

[3] Toullier, t. V, n° 868 ; Duranton, t. IX, n° 783 ;

Dalloz, v° *Disp. entre-vifs et test.*, ch. 12, sect. 4, art. 1, n° 1 ; Colin-Delisle sur 1094, n° 3.

[4] Arrêt du 28 nov. 1827 (Devill., 8, 2, 420).

[5] Toulouse, 24 avril 1857 (Devill., 41, 1, 90).

« tous les biens qui appartiendraient au pré-mourant lors de son décès (1). »

Dans une troisième espèce, on trouve un mari qui « avait fait donation à sa future, sous condition de survie, de la pleine propriété et jouissance des biens qu'il laisserait, à son décès (2). »

Dans une quatrième espèce, nous voyons un testament par lequel une femme avait « légué en toute propriété à son mari tous les biens meubles, immeubles... dont elle mourrait saisie et vêtue (3). »

Enfin on lit, dans une cinquième espèce, la clause d'un contrat de mariage portant que « le survivant des époux aurait la pleine propriété des biens à usage de corps, d'ameublement et de ménage, et l'usufruit de tout le surplus de la succession (4). »

Les disposants étant morts ne laissant pour héritiers que des ascendants, il a été décidé par les cours impériales appelées à connaître du débat que, pour que l'époux eût toute la quotité disponible fixée par l'art. 1094, y compris la jouissance de la réserve des ascendants, il suffisait que la disposition fût universelle; car un donataire ou légataire universel a droit à tout, si ce n'est à la réserve que les héritiers réservataires ont le droit de lui enlever par retranchement.

La cour de cassation, saisie de pourvois dans trois de ces affaires, les a rejetés, parce que les cours, en semblable circonstance, avaient usé du droit d'interprétation qui leur appartient souverainement (5).

2558. Pour en finir, citons un dernier arrêt qui achèvera de mettre ces vérités dans tout leur jour :

Un sieur Preynat avait fait, par son testament, des legs divers; entre autres, il avait légué à sa femme une rente viagère de 6.000 fr., et l'usufruit d'une maison dont il était propriétaire; il avait enfin institué son frère légataire universel. Il mourut sans enfants, à la survivance de son père.

La quotité disponible était excédée. Mais dans quelle mesure fallait-il procéder à la réduction? A cause de la femme, ne devait-on pas étendre la quotité disponible ordinaire au *maximum* fixé par l'art. 1094? Le testament était-il assez explicite pour qu'on pût faire à la femme l'avantage de la faire profiter de l'usufruit de la réserve de l'ascendant?

Le tribunal de Saint-Étienne jugea que, « pour grever la réserve de l'ascendant d'usufruit en faveur du conjoint, il fallait une disposition expresse qu'on chercherait en vain dans le testament de Preynat; que la réserve d'un quart de l'ascendant devait conséquemment être intacte, et que le legs de l'épouse serait réduit comme tous les autres. »

Mais la cour de Lyon, par arrêt du 3 février 1855 (6), infirma le jugement du tribunal, « attendu que la quotité disponible qui était, à l'égard des autres légataires, des trois quarts des biens, pouvait comprendre en outre, à l'égard du conjoint, tout ou partie de l'usufruit du quart formant la réserve de l'ascendant...; qu'il y avait simplement à vérifier si la libéralité faite au conjoint demeurait dans le cercle de la disponibilité ou si elle l'excédait; que, sur ce point, l'erreur des premiers juges venait de ce qu'ils avaient confondu une cause de préférence qui, suivant l'article 927 du Code Napoléon, a besoin d'être expresse, afin de soustraire un legs à la réduction, avec une condition même de la validité de la disposition ou du legs, etc. »

La cour de cassation, le 24 avril 1854, a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt, « attendu que la loi, en permettant aux époux de disposer l'un au profit de l'autre de l'usufruit de la réserve attribuée aux ascendants, n'a point imposé à l'exercice de cette faculté la condition que l'intention de priver l'ascendant de son usufruit serait formellement exprimée, et que, dès lors, il suffit, pour que cette intention soit certaine, que la disposition d'usufruit au profit de l'époux soit constatée, et qu'elle ne puisse, à raison de son étendue, se concilier avec l'usufruit de l'ascendant réservataire. »

Cette doctrine nous paraît incontestable.

2559. Arrivons au troisième cas, qui a lieu lorsque l'époux donateur a des enfants ou descendants. Il ne peut alors donner à son conjoint qu'un quart en propriété et un quart en usufruit, ou bien une moitié en usufruit seulement. Le sens de cette disposition est, en soi, parfaitement clair. Ce qui frappe surtout, c'est que la quotité disponible entre époux n'est pas subordonnée au nombre des enfants, comme la quotité disponible ordinaire; c'est qu'elle est uniforme et invariable et qu'elle ne devient pas plus forte quand il n'y a qu'un enfant, que lorsqu'il y en a trois.

[1] Cayenne, 8 mai 1837 (Devill., 43, 1, 389).

[2] Rouen, 24 mai 1841 (Devill., 43, 1, 339).

[3] Riom, 16 déc. 1846 (Devill., 47, 2, 249).

[4] Paris, 30 déc. 1847 (Devill., 48, 2, 138).

[5] Arrêt du 18 nov. 1840, sur Toulouse (Devill.,

41, 1, 90). — 3 avril 1843, sur Cayenne (Devill., 43, 1, 289). — 30 juin 1842, sur Rouen (Devill., 43, 1, 559).

[6] Devill., 54, 1, 430.

On s'est quelquefois étonné de cette disposition ; on a cherché à en pervertir le sens, sous prétexte qu'elle ne satisfait pas la raison ; on s'est révolté à l'idée qu'un époux fût, dans certains cas, moins favorablement traité que l'étranger, et l'on a fait des efforts et même des livres pour prouver que l'art. 1094 n'est pas coupable de cette inexplicable erreur. Lorsque le donateur, dit-on, ne laisse qu'un enfant, il peut donner à un étranger la moitié en propriété. Pourquoi donc l'emprisonner dans l'article 1094, à l'égard de son époux ? Pourquoi cet époux serait-il condamné à ne recevoir que la moitié en usufruit, ou bien un quart en propriété et un quart en usufruit ? Pourquoi son lot serait-il moins considérable que celui de l'étranger, loi qui mérite mieux que personne la libéralité la plus étendue ?

Mais, disons-le tout de suite, ces objections ne sont pas soutenables, et, dès l'origine, elles ont été condamnées par arrêt de la cour de Nîmes, du 10 juin 1807 [1], « attendu que le législateur, en faisant un chapitre séparé pour régler de pareilles dispositions, a manifesté une volonté bien prononcée, non-seulement de régler le sort des époux d'une manière particulière, mais encore de le régler d'une manière invariable, d'après l'article 1094, renfermé dans le susdit chap. IX du Code civil, quoique, par ce mode et suivant les circonstances, l'époux puisse être plus ou moins avantagé qu'un étranger. »

Nous dirons en passant qu'il est assez remarquable que ce soit à une cour du midi de la France qu'on doive le premier arrêt qui rende hommage à ces principes, lorsqu'on voit le professeur Benech, partisan de la doctrine condamnée, publier un livre tout exprès pour prouver que, sur cette matière, les intérêts du Midi sont menacés dans ce qu'ils ont de plus vivace, par les idées importées des pays de communauté. Le livre de Benech est écrit avec érudition, élégance et distinction [2] ; mais il n'a eu que très-peu d'influence sur la jurisprudence des tribunaux ; c'est qu'on y a trouvé plus de passion que d'impartialité.

2360. Benech prétend donc, contre l'opinion commune [3], que la femme peut toujours recevoir au moins autant qu'un étranger, et il défend sa thèse par les raisons suivantes, puisées dans l'histoire de la rédaction du Code, dans l'examen du texte et dans la morale du droit.

L'art. 1094 est emprunté textuellement au projet de Jacqueminot. Il y avait été inséré dans une pensée complètement favorable à l'époux ; car la quotité disponible ordinaire était invariablement d'un quart pour celui qui avait des enfants ou même un seul enfant ; de sorte que, dans tous les cas possibles, la quotité disponible entre conjoints était supérieure à la quotité ordinaire. Le but de l'article était d'étendre, d'élargir le droit commun. Or, cet article, auquel il n'a été fait aucun changement, est entré dans le Code avec le sens extensif qu'une première rédaction lui avait donné. Pourquoi donc l'interpréter, dans la jurisprudence, avec des idées restrictives [4] ?

L'art. 1094 répond d'ailleurs, par son texte, à cette pensée toute favorable au conjoint. Il est rédigé de manière à concéder une faculté et non à porter une prohibition. C'est ce qui devient plus évident encore par le rapprochement de notre article avec l'art. 1098. Ce dernier article, voulant fixer une limite infranchissable, dit expressément que celui qui a des enfants d'un premier mariage ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, etc. L'art. 1094, au contraire, ne se sert pas d'une formule restrictive. Il fixe le minimum de ce qu'il sera toujours permis de se donner entre époux ; mais il ne défend pas d'aller au delà, si, du reste, le droit commun le permet [5].

Le conseil d'État, en élaborant l'art. 1098, a lui-même fourni l'interprétation de l'art. 1094. L'art. 1098, dans sa première rédaction, ne permettait à l'époux qui avait des enfants d'un précédent mariage de donner à l'autre époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et en usufruit seulement.

Le consul Cambacérès dit qu'on pourrait autoriser à donner au nouvel époux une part d'enfant en pleine propriété.

Berlier fait observer « qu'en accordant au « nouvel époux la faculté de recevoir une part « d'enfant même en propriété (ce qui est raisonnable), il est peut-être convenable de modifier cette règle : car, s'il n'y avait qu'un « enfant ou deux du premier mariage, et point « du second, le nouvel époux pourrait, en partageant avec eux, avoir la moitié ou le tiers « de la succession. »

« L'opinant pense qu'il serait juste d'établir, « à côté de la règle principale, relative à la por-

[1] Devill., 2, 2, 528.

[2] De la quotité disponible entre époux.

[3] Toullier, t. V, n° 869 ; Grenier, t. III, n° 584 ; Delvincourt, t. II, p. 65 ; Duranton, t. IX, n° 793 ; Delloz, *Des dispositions entre-vifs et test.*, ch. 12, sect. 4,

art. 1, n° 8 ; t. VI, p. 27 ; Vazeille sur l'art. 1094, n° 47.

[4] Benech, p. 119 et suiv.

[5] *Ibid.*, p. 112 et suiv.

« tion d'enfant, une exception portant qu'elle
« ne pourra pas, à l'égard du nouvel époux,
« excéder une quotité de la succession, par
« exemple, le quart.

« L'article est adopté avec les amendements
« proposés par le consul Cambiacérés et par
« Berlier (1). »

Donc Berlier et le conseil d'État entendaient que l'art. 1094 ne s'opposait pas à ce qu'un époux reçût de l'autre la moitié ou le tiers de la succession en pleine propriété, quand il n'y avait qu'un ou deux enfants (2).

Enfin, continue Benech, un époux doit-il jamais être traité plus sévèrement qu'un étranger, l'affection de son conjoint pour lui étant plus vive, plus naturelle, et presque toujours mieux méritée? Comment concevoir que le mariage, qui est une cause de faveur lorsque le donateur a des ascendants, devienne une cause d'incapacité quand il laisse des enfants? Les enfants sont, dit-on, plus favorisés que les ascendants; c'est pourquoi la situation du conjoint donataire n'est pas la même dans les deux cas. — Mais, si la faveur des enfants devait être la cause de cette incapacité, ils la produiraient *à fortiori* quand ils sont au nombre de trois ou d'un nombre supérieur (3).

Telles sont les raisons de Benech succinctement et fidèlement rapportées. Elles ne sont pas difficiles à réfuter (4).

2561. D'abord, Benech veut qu'on interprète le Code par le projet Jacqueminot, et que, parce que dans ce projet la quantité disponible entre époux était toujours plus considérable que celle attribuée à des étrangers, on décide tout au moins, sous le Code Napoléon, qu'elle ne doit pas lui être inférieure.

Cet argument a le défaut d'aller chercher bien loin et par des voies bien détournées une pensée qu'il vaudrait mieux trouver dans les conceptions du Code lui-même. Il en a un autre : c'est que du premier coup, il va se briser contre une profonde différence que Benech rencontre à son début entre le projet Jacqueminot et le Code. L'un voulait que l'époux fût toujours dans une position meilleure que l'étranger. L'autre (Benech en convient) est loin d'établir systématiquement cette préférence. Aussi notre auteur se borne-t-il à demander à l'interprétation de faire pour l'époux, non pas plus que pour l'étranger, ainsi que le voulait le projet Jacqueminot, mais seulement tout autant. Comment donc Benech n'a-t-il pas

vu que de telles différences sur un point si essentiel ne pouvaient pas l'aider beaucoup à trouver des positions analogiques.

2562. Ce n'est pas tout, et voici une autre différence. Dans le projet Jacqueminot, la quotité disponible, soit entre époux, soit entre étrangers, ne variait pas suivant le nombre des réservataires. Deux articles étaient consacrés, l'un à la quotité disponible vis-à-vis des tiers, l'autre à la quotité particulière aux époux, et celle-ci excédait toujours celle-là. Mais sous le Code la quotité disponible ordinaire a été échangée; on l'a rendue variable suivant le nombre des légitimaires, et par là, le projet Jacqueminot s'est trouvé profondément modifié. Or, de ce que la quotité disponible ordinaire est devenue variable et inobile, s'ensuit-il que le législateur ait voulu faire subir, par contre-coup, un changement analogue à la quotité disponible spéciale aux époux? N'aurait-il pas fallu modifier le texte de l'art. 1094 comme on avait modifié l'article 913? Le texte, étant resté le même, n'a-t-il pas le sens et la portée qu'il avait primitivement, sous le rapport de l'invariabilité, dans le projet Jacqueminot? Ne fixe-t-il pas une quotité invariable indépendante du nombre des enfants?

2563. Quant à la rédaction de l'art. 1094 comparée à celle de l'art. 1088, il n'y a qu'un mot à répondre à l'argument de Benech :

Les termes de l'art. 1094 n'ont pas besoin d'être limitatifs dans la forme, pour ôter au disposant le droit de dépasser les quotités dont cet article autorise la disposition. L'art. 1094 porte ses restrictions en lui-même; il les signale par la place qu'il occupe, par la spécialité de la matière qu'il traite, par le droit particulier qu'il constitue en faveur des époux. Et quand il vient déterminer la quotité dont les gens mariés peuvent se gratifier, ne fixe-t-il pas par là même une limite, sans qu'il soit besoin de rien ajouter, pour que cette limite ne puisse pas être franchie?

D'ailleurs, la restriction n'est-elle pas exprimée catégoriquement dans l'art. 1099 qui dispose : « Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui est permis par les dispositions ci-dessus? »

L'intention du législateur ne saurait donc être douteuse. Bigot de Préameneu, exposant les motifs de notre titre, revient à plusieurs reprises sur le caractère limitatif et restrictif de l'article 1094 :

(1) Fenet, t. XII, p. 416, 417.

(2) Benech, p. 126, 127.

(3) Benech, p. 161.

(4) Nous sommes étonné que Zachariæ et ses annotateurs aient admis l'opinion de Benech, § 689, t. V, p. 203, note 3.

« Si l'époux laisse des enfants, ses donations
« ne pourront comprendre que le quart, etc. [1].

« Si l'époux laisse des enfants, son affection
« se partage entre eux et son époux... il ne
« pourra donc être autorisé à laisser à l'autre
« époux qu'une partie de sa fortune, et cette
« quotité est fixée à un quart, etc. [2].

« Après avoir borné ainsi la faculté de dis-
« poser, il ne restait plus, etc. [3]. »

Le tribun Jaubert, dans son rapport au tribu-
nat, est non moins formel : il rapporte les dispo-
sitions du deuxième alinéa de notre article, et
ajoute : « Si la disposition avait excédé ces bornes,
« elle serait réduite proportionnellement [4]. »

2364. Mais venons à la discussion du con-
seil d'État, dont nous avons vu Benech se pré-
valoir. Nous croyons que cet auteur interprète
mal l'opinion de Berlier. Mais après tout, que
pourraient faire contre le texte de l'art. 1094
quelques paroles échappées dans une discussion
et peut-être traduites avec obscurité ? Ce qui
nous paraît plus décisif, c'est l'incident que voici :

Lors de la communication officieuse qui fut
faite au tribunal de notre titre, ce corps pro-
posa de modifier le second alinéa de l'art. 1094,
pensant qu'il était juste, dans le cas même où il
y aurait des enfants, « qu'un époux pût donner
« à l'autre tout ce dont il pourrait disposer en
« propriété, c'est-à-dire autant qu'il pourrait
« donner à un étranger, ou la moitié de ses
« biens en usufruit [5]. »

Le conseil d'État admit-il la correction pro-
posée par le tribunal ? consacra-t-il ce système
nouveau, qui n'était autre que celui de Benech ?
Non ! il persista dans sa rédaction primitive, et
la question si nettement soulevée fut aussi net-
tement tranchée dans le sens contraire au tri-
bunal et à Benech.

L'auteur essaye d'échapper à la puissance de
ce fait, en disant que le conseil jugea la correc-
tion du texte inutile. Comment inutile ! voilà un
texte proposé qui décide que dans certains cas
l'époux aura moins qu'un étranger ; puis, un
amendement est formulé pour que cet époux
puisse recevoir autant que l'étranger ; et quand
le texte primitif est maintenu, on pourra dire
que l'amendement ne servait à rien ! Nous di-
sons, nous, qu'il n'est pas possible de raisonner
ainsi, et qu'après avoir modifié l'art. 913, il fal-
lait modifier l'art. 1094, si l'on voulait que leurs
dispositions s'accordassent entre elles.

2365. Restent les considérations morales in-
voquées par Benech. Mais si on y regarde de

près, elles s'évanouissent comme de faux sem-
blants, et nous trouverons Benech aussi faible
sur le terrain philosophique que sur tous les
autres. Pénétrons-nous en effet des bases fon-
damentales de la loi, telles qu'elles ont été ex-
posées à l'audience de la cour de cassation du
3 décembre 1844 [6] par le conseiller Félix
Faure, mon ancien et très-excellent collègue :
on verra combien le système de Benech reste
éloigné des profondeurs de la question.

« Quand les enfants sont nombreux, leur
« nombre même suppose un mariage de quel-
« que durée ; il suppose aussi que l'époux sur-
« vivant, mûri par l'âge, absorbé par les soins
« de sa famille, sera moins tenté de courir les
« chances d'un second mariage. Les avantages
« qu'il aura reçus ne seront donc qu'une sorte
« de dépôt qui, à son décès, sera transmis à
« ses enfants ; dépôt aussi qui leur sera utile
« de son vivant. En effet, plus les enfants sont
« nombreux, plus il y a de chances d'inégalité
« entre eux. Le chef de la famille, à l'aide des
« avantages par lui reçus, pourra aider, soute-
« nir ceux qui en auront besoin. Son autorité,
« comme le dit Jaubert, en sera plus effi-
« cace et plus respectée. Par de sages dispo-
« sitions testamentaires, il pourra plus aisément
« ainsi réparer entre ses enfants des inégalités
« produites par les caprices du sort. Enfin,
« pourquoi la fécondité plus grande de l'é-
« pouse, les soins plus pénibles, les dépenses
« plus fortes, qu'entraîne pour les deux époux
« une famille plus nombreuse, ne seraient-ils
« pas récompensés ? Il est donc naturel que,
« dans ce cas, l'époux survivant soit plus favo-
« risé que l'étranger. Et remarquons que pres-
« que toutes ces considérations disparaissent
« quand il n'y a qu'un seul enfant. Le plus sou-
« vent, alors, le mariage a été de courte durée.
« L'époux survivant, plus jeune, plus isolé,
« peut se laisser entraîner à un deuxième ma-
« riage. Les biens à lui laissés, surtout en pro-
« priété, peuvent même faciliter un second ma-
« riage ; et alors n'est-il pas à craindre que ces
« biens, laissés par le premier époux, au lieu
« de profiter à son enfant orphelin, ne passent,
« en partie du moins, aux enfants du second
« lit ? L'orphelin en souffrira. Il est vrai qu'il
« souffrirait encore plus, si la portion disponi-
« ble était laissée à un étranger. Mais ne serait-
« ce pas le cas de dire, avec Delvincourt, que
« le législateur a pensé que le père se portera
« plus difficilement à dépouiller son enfant en

[1] Fenet, t. XII, p. 372, lignes 12 et suiv.

[2] Fenet, *ibid.*, lignes 31 et suiv.

[3] Fenet, *ibid.*, p. 373, lignes 8 et suiv.

[4] Fenet, *ibid.*, p. 621.

[5] Fenet, *ibid.*, p. 467.

[6] Devill., 45, 1, 277.

« faveur d'un étranger qu'en faveur de sa femme ? La disposition de la loi si durement qualifiée par Benech ne peut-elle pas s'expliquer par ces considérations, et ce qu'il traite d'absurdité, ne serait-il pas au contraire un acte de prudence et de sagesse ? »

Voilà la véritable philosophie de la loi [1]. Voilà l'explication lumineuse des dispositions qui, pour la quotité disponible entre époux, ne s'en sont pas rapportées au droit commun, et ont formulé un droit particulier d'après lequel cette quotité, loin de s'élever ou de s'abaisser suivant le nombre des enfants, reste toujours uniforme, soit qu'il n'y ait qu'un enfant, soit qu'il y en ait plusieurs.

2566. Au reste, la jurisprudence est maintenant fixée [2], et la tentative de Benech, loin de l'ébranler, n'a fait que lui donner plus de force. Nous terminerons en citant les motifs de l'arrêt de la chambre des requêtes du 3 décembre 1844 au rapport de Félix Faure [3].

« Attendu, y est-il dit, qu'il résulte soit de la place qu'occupe le chap. 9, tit. II, liv. III, du Code civil, soit de la combinaison des articles 1091 et 1099 avec l'article 1094 du Code civil, qu'il s'est agi d'interpréter, soit enfin des motifs énoncés par les orateurs du gouvernement et du tribunal, lors de la présentation dudit titre II au corps législatif, que l'intention du législateur a été de limiter à une quotité fixe et indépendante du nombre de leurs enfants, le maximum de la donation que ledit art. 1094, § 2, permet spécialement à l'époux de faire à son époux survivant. »

2567. Après avoir constaté le caractère immuable de la quotité disponible créée par l'article 1094, examinons-la dans les éléments dont elle se compose.

On a soutenu d'abord que, d'après le texte de l'art. 1094, il n'est permis de donner que le quart de la nue propriété, sans jouissance, et l'usufruit d'un autre quart. Mais cette absurde prétention a été proscrite par un arrêt de la cour de Bruxelles du 21 juillet 1810 [4]. Nous la rapportons ici moins pour faire connaître les diverses interprétations de la loi, que pour signaler les cavillations que la chicane ne craint pas d'employer quelquefois.

2568. Arrivons à quelque chose de plus sérieux.

Il ne faut pas s'étonner que le législateur, après avoir permis de donner un quart en

pleine propriété et un quart en usufruit, ait eu devoir ajouter « ou une moitié en usufruit. » Il est vrai que celui qui peut disposer d'une quotité peut, à plus forte raison, ne donner qu'une partie de cette quotité, et que, dès lors, il semble au premier coup d'œil qu'il y ait surabondance dans notre texte. Mais, comme l'a dit la cour de Bruxelles dans l'arrêt précité, « l'utilité du deuxième membre de l'alternative qui fixe la faculté de disposer en usufruit seulement, est des plus évidentes, en ce que cette limitation empêche de rendre stérile le patrimoine des enfants durant la vie de leurs parents, s'ils pouvaient avoir la jouissance de la plus grande partie des fruits. » Et ils le pourraient, suivant le droit commun, si le législateur ne l'avait pas défendu; car, en général, il est permis de donner plus que le revenu de la quotité disponible, pourvu que le don de jouissance n'excède pas en valeur la quotité tout entière [5].

2569. Cette disposition limitative du don de l'usufruit n'a pas empêché les époux de faire souvent des dispositions qui en excèdent les bornes. Ce n'est pas qu'on ait voulu violer ou méconnaître une règle respectable. Mais il est possible que, au moment de la libéralité, les époux n'aient pas d'enfants, et que, se laissant aller dans ce cas aux impulsions de l'amour conjugal, ils disposent de l'usufruit de la totalité de leurs biens; ce que la loi ne défend pas quand les époux n'ont pas de descendants. Plus tard, le mariage devient fécond; la quotité disponible cesse dès cet instant d'être la même; elle se réduit à l'usufruit de la moitié des biens. Qu'arrivera-t-il de la disposition primitive? Comment s'opérera la réduction au profit des enfants existants?

L'époux qui n'a pas droit en usufruit à plus de la moitié des biens, se fera-t-il récompenser en nue propriété de ce qu'on lui retranche en jouissance? Ne recueillant pas tout ce que son conjoint voulait lui donner, recevra-t-il au moins tout ce que son conjoint aurait pu lui donner sous une autre forme? Le disposant aurait pu donner plus que la moitié en usufruit, puisque la loi rendait disponible entre ses mains un quart en toute propriété et un quart en usufruit. Or, il a montré qu'il voulait donner à son conjoint plus que l'usufruit de la moitié, car il lui laisse l'usufruit du tout. Ne serait-ce donc pas frustrer la volonté du testateur, ne serait-ce

[1] Voyez encore *infra*, n° 2572.

[2] *Riom*, 8 mars 1842 (Devill., 42, 2, 234). Montpellier, 8 mars 1843 (Devill., 43, 2, 220). Le pourvoi contre ce dernier arrêt a été rejeté le 3 déc. 1844, sur le rapport de Faure (Devill., 43, 1, 277).

[3] *Loc. cit.*

[4] Devill., 5, 2, 310.

[5] Voy. l'art. 917, n° 852. L'art. 17 du tit. des Donations du projet Jacqueminot décidait le contraire. Fenet, t. 8, p. 371.

pas manquer à son dernier vœu que de réduire son conjoint à un simple usufruit de moitié? Ne faut-il pas donner à ce dernier une indemnité en propriété, en se renfermant toutefois dans la limite de notre article? En d'autres termes, le donataire ou le légataire de l'usufruit de la totalité ne serait-il pas fondé à demander la conversion de la disposition en un don du quart en toute propriété et du quart en usufruit?

2570. Quelque équitable que paraisse cette prétention, elle a souffert de sérieuses difficultés, et voici pourquoi :

Un don d'usufruit, si considérable qu'il soit, n'équivaut pas à un don de propriété. Celui qui n'a fait qu'un avantage viager n'a pas voulu faire sortir ses biens de la famille; il a montré ouvertement qu'il entendait que le fonds de sa fortune ne passât pas en des mains étrangères. Pourquoi n'a-t-il pas donné un quart en toute propriété et un quart en usufruit? Il le pouvait, et il a fait autre chose, ou, si l'on veut, il a persisté dans une autre volonté. Il n'appartient pas aux magistrats de dénaturer une donation, et de la transformer sous prétexte qu'elle ne peut pas s'exécuter comme elle a été faite; ce serait un empiètement sur la liberté et la volonté du disposant. La justice apprécie la validité des actes; mais elle ne saurait remplacer un acte excessif par un acte légal d'un autre genre. Le disposant a pu avoir de très-bonnes raisons pour ne pas donner autre chose qu'un usufruit : il a pu redouter une seconde union; il a pu ne pas vouloir que son fonds servît à doter une autre famille. Ce sont là des motifs d'un ordre domestique transcendant, et les tribunaux n'y sauraient porter atteinte.

2571. Il est vrai que, d'après l'article 917 du Code Napoléon, lorsqu'il a été donné ou légué un usufruit ou une rente viagère dont la valeur excède la portion disponible, les héritiers réservataires ont l'option ou d'exécuter la disposition ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible. Mais c'est là une disposition exceptionnelle, qui ne saurait être étendue au cas qui nous occupe.

L'article 917 s'adapte au système de la quotité disponible ordinaire. Dans ce système, le maximum dont on peut disposer en usufruit n'est pas déterminé. En droit rigoureux, il faudrait donc estimer un usufruit donné ou légué en valeur de pleine propriété, pour savoir s'il excède ou non la portion disponible. Le législateur a voulu éviter cette estimation dispendieuse

et incertaine, et il a laissé les réservataires libres ou d'exécuter le don ou legs en entier, ou d'abandonner la pleine propriété de la quotité disponible (1). Dans le système de la quotité disponible entre époux, il en est tout autrement. La mesure à laquelle les libéralités en usufruit doivent être réduites, est fixée par la loi : c'est la moitié en usufruit. On ne rencontre donc pas ici la difficulté à laquelle l'article 917 veut obvier. La réduction va d'elle-même; elle ne nécessite ni estimation, ni option.

C'est ce qu'a jugé la cour d'Angers par arrêt du 8 juillet 1840.

La dame Gautron, qui n'avait pas encore d'enfants, a légué à son mari l'usufruit de tous ses biens. Elle est morte, laissant un enfant issu de leur union. Le mari prétendit que l'héritier à réserve n'avait que l'option ou d'exécuter le legs entier, ou de faire l'abandon d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit, conformément à l'article 917 du Code Napoléon. C'était poser la question dans les termes les plus nets et les plus précis. Mais le tribunal de Baugé rejeta cette prétention. « attendu que l'art. 917 » du Code civil, qui fait la règle des donations » en général, ne peut être appliqué au cas des » donations entre époux, lesquelles sont réglées » spécialement par l'art. 1094 du même Code, » lequel autorise les époux à se donner, en cas » de survivance d'enfant, ou la moitié en usu- » fruit, ou le quart en propriété et le quart en » usufruit des biens qu'ils délaissent; que le » législateur ayant établi par cet article deux » natures de donations, la réduction doit s'opé- » rer suivant la nature du don fait par le pré- » mourant; attendu qu'il appartient aux tribu- » naux d'interpréter la volonté du donateur; » que, dans l'espèce, la dame Gautron a légué » à son mari l'universalité de ses biens en usu- » fruit seulement à l'époque où il n'y avait pas » d'enfant issu de leur union; que, dès lors, » elle entendait réserver à sa famille la pro- » priété desdits biens : qu'un enfant étant né » depuis, il y a lieu, à plus forte raison, de » dire qu'elle avait l'intention formelle, mani- » feste de faire réserve, au profit de ce même » enfant, de la propriété intacte de tous ses » biens. » Et, sur l'appel, la cour d'Angers confirma ce jugement par les mêmes motifs (2).

Il existe, dans le même sens, un arrêt de la cour de Bourges du 12 mars 1839 (3), et un arrêt de la cour d'Amiens du 15 fév. 1822 (4).

2572. Mais l'opinion contraire a pour elle

[1] Voy. *supra*, n° 832.

[2] Devill., 40, 2, 391.

[3] Devill., 39, 2, 373. *Junge Proudhon*, t. I, n° 345. *Coin-Delisle* sur l'art. 1094, n° 8.

[4] Dalloz, *Dispos. entre-vifs et test.*, ch. 12, sect. 4, art. 1, p. 271. *Journal du Palais*, t. XVII, p. 133 et la note.

l'autorité d'un arrêt de la cour de Poitiers du 20 mars 1823 [1]. Cet arrêt décide nettement que l'article 917 du Code Napoléon s'applique aussi bien aux libéralités entre époux qu'aux libéralités faites à des étrangers. Il est d'autant plus digne de remarque, qu'il a été rendu au profit d'une épouse qui s'était remariée, et qui, par conséquent, pouvait faire profiter son second mariage de la toute propriété dont il était possible que l'option du réservataire l'eût eue. Mais, quoi qu'en puisse dire Benech [2], il est clair que la cour de Poitiers a fait une fautive application de l'article 917; elle le transporte dans une matière pour laquelle il n'a pas été fait. Comment n'a-t-elle pas vu que, quand la disposition excède la moitié en usufruit, l'option laissée au réservataire le condamne à supporter une libéralité manifestement et légalement excessive et par cela même réductible? Comment a-t-elle pu prendre pour règle de ce cas l'article 917, qui ne prévoit que l'hypothèse où la supériorité de l'usufruit sur la quotité disponible est douteuse et fait tout l'objet de la question.

Je conviens que, lorsque le don de l'usufruit a été fait à un étranger, il peut arriver, d'après l'article 917, que, l'usufruit se convertissant en toute propriété, l'entière portion disponible soit radicalement enlevée aux réservataires; et dès lors il peut paraître bizarre que cet avantage soit refusé à un époux, c'est-à-dire à la personne la plus favorable, à celle dont les réservataires doivent hériter, et dans la succession de laquelle ils retrouveront les biens donnés [3].

Nous répondons que la portion disponible entre époux est sujette à beaucoup d'anomalies. Pourquoi, par exemple, l'homme qui n'a qu'un enfant peut-il laisser la moitié de son bien à un étranger? Pourquoi ne peut-il laisser à son épouse, à la mère de cet enfant que le quart en toute propriété et le quart en usufruit? La crainte d'un second mariage mène à l'affection du disposant des sentiments d'inquiétude qui modèrent ses libéralités et qui font que la loi n'est pas disposée à les étendre par une trop large interprétation. Il y a dans toute cette matière des considérations morales très-diverses qui font pencher la balance tantôt du côté de l'époux, tantôt du côté opposé. Il ne faut donc argumenter qu'avec précaution des règles du droit commun [4].

Ainsi, pour ne pas sortir de notre question, quand le testateur a fait à un étranger un legs d'usufruit que les réservataires prétendent ex-

cessif, on ne peut pas dire que la conversion en toute propriété de cette libéralité soit essentiellement contraire à la volonté du disposant, qui a pu être parfaitement indifférent à la manière dont son legs serait payé. Mais qui oserait en dire autant quand le legs d'usufruit a été fait à un époux? Qui pourrait nier que le disposant, préoccupé dans ses affections jalouses des événements qui auront lieu après lui, n'a voulu assurer au survivant qu'un avantage viager, et qu'il a repoussé l'idée de mettre dans ses mains la dot d'un second mariage? Comment ne pas voir qu'il a entendu rattacher le survivant aux enfants par la communauté des intérêts qui unissent la nue propriété et l'usufruit, et qu'on pervertirait ses idées de prudence, en transformant l'objet de la libéralité?

2573. Mais ce n'est pas toujours en usufruit qu'un conjoint donne ou lègue à son conjoint. La libéralité peut porter sur des rentes viagères, ou bien elle peut être mixte et embrasser l'usufruit de certains biens, l'usufruit du mobilier, par exemple, et une rente viagère.

Proudhon [5] pense qu'il faut distinguer ce cas du précédent, parce que la loi, dans l'art. 1094, statue spécialement sur le maximum des libéralités en usufruit, et ne s'explique pas également sur le maximum des libéralités en rente viagère. Il veut donc qu'on applique l'art. 917.

Nous convenons, avec Proudhon, qu'il n'y a pas parité entre l'usufruit et la rente viagère; ce n'est pas, en effet, la même chose de donner à quelqu'un l'usufruit de la moitié de ses biens rapportant 4,000 fr., et de lui assurer une rente viagère de 2,000 fr. Car l'usufruit peut être atteint par des chances qui retombent, non sur le réservataire nu propriétaire, mais sur l'usufruitier; de telle sorte que c'est tant pis pour lui si la propriété, soit par force majeure, soit par défaut de location, demeure improductive, tandis que dans le cas de rente viagère, le réservataire est toujours tenu de trouver les 2,000 fr., soit que les terres rapportent, soit qu'elles ne rapportent pas. Il y a donc un compte à faire pour estimer la valeur de la rente viagère dans son rapport avec la quotité disponible, et c'est pour échapper aux difficultés de ce compte, que Proudhon a recouru à l'art. 917. Mais il ne fait pas attention que si cet article s'appliquait, l'enfant réservataire serait dans la nécessité ou d'exécuter sans réduction une rente dont les arrérages absorbent plus qu'il ne faut des revenus dans la succession, ou d'abandon-

[1] *Journal du Palais*, t. XVII, p. 983.

[2] *De la quotité disponible entre époux*, p. 435 et suiv.

[3] Benech, p. 440.

[4] *Supra*, no 2563.

[5] T. I, no 345. *Junge* Coin-Delisle, 1094, no 9.

ner une partie de la propriété, ce que n'a pas voulu le défunt par des motifs domestiques dont nous avons expliqué la gravité.

2574. Pour respecter cette volonté et concilier tous les intérêts, la cour impériale de Rouen, par arrêt du 9 avril 1853 (1), a donné naissance à un système dont l'équité nous touche. D'après la cour de Rouen, il faut faire une estimation des jouissances et leur donner effet jusqu'à concurrence de la portion disponible la plus forte, sans toutefois les convertir en toute propriété, et en leur laissant le caractère viager qui a été dans la pensée du disposant.

Voici l'espèce :

En 1837, le sieur Papegay épouse la demoiselle Chauvin, et, par contrat de mariage, celle-ci fait donation à son mari, pour le cas où il survivrait et où il existerait des enfants du mariage, de l'usufruit de tout son mobilier et de plus d'une rente viagère de 400 fr.

Le mari survit. Une fille est née du mariage. Cette dernière prétend que l'usufruit et la rente doivent être réduits à la valeur de l'usufruit de moitié des biens. Le mari soutient que les libéralités faites à son profit ne seraient excessives que si elles dépassaient la valeur d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit. Un jugement de Bernay adopte le système plaidé pour l'enfant réservataire.

Mais la cour, « attendu que, d'après les conclusions, l'appel ne laisse plus à décider que la question de savoir comment doit être réduite la donation faite au sieur Papegay par son épouse, dans le cas où elle excéderait la quotité disponible ;

« Attendu qu'il y a un enfant issu du mariage des époux, et qu'aux termes de l'article 1094 du Code Napoléon, ils pouvaient se donner un quart en toute propriété et un quart en usufruit, ou moitié en usufruit de tous leurs biens ;

« Attendu qu'en se refusant à exécuter la donation faite par sa mère à son père d'une rente viagère de 400 fr., et de l'usufruit du mobilier, sous prétexte qu'elle excède la quotité disponible, la dame Leroux ne peut la faire réduire que dans la limite de la quotité disponible la plus élevée, et non, comme l'ont dit les premiers juges, dans celle de la quotité la plus faible ;

« Qu'en effet, d'après la raison d'analogie consignée dans l'art. 917 du même Code, l'héritier à réserve qui veut se soustraire

à l'exécution de la volonté de son auteur, « doit abandonner au légataire ou au donataire tout ce qui aurait pu lui être légué ou donné ; que conséquemment l'expertise doit, pour être complète, avoir pour objet de reconnaître si la rente viagère de 400 fr. et l'usufruit du mobilier excèdent ou non la valeur du quart en propriété et du quart en usufruit de la succession de la dame Papegay, et de dire, dans le premier cas, de combien cette rente doit être réduite ; que ce mode de réduction a le double avantage de donner effet d'après les possibilités de la succession, et de ne pas changer la nature des biens donnés ; met l'appellation et ce dont est appel à néant ; « émettant, etc., etc. »

On aperçoit la portée de cet arrêt. Une rente viagère donnée au mari survivant élève indubitablement le don au-dessus des forces de la quotité disponible. Il faut donc le réduire. Ladessus deux questions : dans quelle mesure le réduira-t-on ? et cette réduction s'opérera-t-elle en laissant au don son caractère viager ? Sur le premier point, le legs doit être réduit dans la mesure la plus forte autorisée par l'art. 1094 ; il est conforme à la volonté du défunt, qui a été jusqu'à dépasser la quotité disponible, de mettre son don en conformité avec le *maximum* dont cet article permet la disposition. On prendra donc pour base, non la moitié en usufruit, mais le quart en propriété et le quart en usufruit, qui procurent au donataire l'avantage le plus élevé. Mais on ne convertira pas pour cela un don de jouissance en un don de propriété, on lui conservera (et c'est le second point) sa nature origininaire ; car c'est une idée essentiellement juridique et morale que lorsqu'il s'agit d'un époux, il ne faut pas étendre le don de l'usufruit à un don en propriété, à moins que l'intention du disposant ne soit d'autoriser la conversion. Un époux qui ne donne qu'un usufruit n'est pas censé avoir voulu donner une pleine propriété. L'art. 917 ne saurait donc être appliqué. On réalisera la volonté du disposant par une attribution de jouissance ; seulement, on aura soin que cette attribution s'élève à un chiffre qui soit un équivalent de la valeur que peut avoir le quart en propriété et le quart en usufruit.

Dira-t-on que ce système jette dans des expertises et des évaluations qu'il est dans l'esprit général du Code Napoléon de rendre aussi rares que possible, ainsi que le prouve l'art. 917 de ce Code ? On ne le nie pas ; mais qu'on demande aux réservataires s'ils n'aiment pas mieux souffrir les chances de ces expertises que de perdre une partie de la propriété, et l'on verra si leur réponse est douteuse. Quant au donataire, s'il

[1] *Gaz. des Trib.*, 3 juin 1853. Je n'ai pas trouvé cet arrêt dans les autres recueils. Il est digne cependant d'y figurer.

venait à élever la voix, est-ce qu'on ne lui fermerait pas la bouche en lui opposant la volonté du disposant qui est sa loi suprême, et qui lui a refusé la pleine propriété? Tel est cet arrêt de Rouen; il est peu connu; je pense qu'il est de nature à faire des partisans à un système qui dénote si ingénieusement toutes les complications de la question.

2575. Au reste, comme il arrive presque toujours que les difficultés dont nous venons de parler surgissent à l'occasion de dispositions que les époux ont faites avant la naissance des enfants, il est un moyen de les prévenir; c'est de formuler la libéralité de la manière suivante : Je donne à mon conjoint tout ce dont je puis disposer. Il est vrai que le donateur s'engage par cette clause à quelque chose de plus qu'à un don d'usufruit, et que le survivant a droit à une fraction de pleine propriété. C'est au disposant à voir s'il lui convient d'aller jusqu'à; ses affections et les circonstances sont son unique règle. Que s'il adopte cette formule, il arrivera ceci : on le marie sera stérile, et la libéralité embrassera la totalité des biens, pourvu qu'il n'y ait pas d'ascendants [1]. Ou il naîtra des enfants, et alors le donataire aura droit à un quart en pleine propriété et un quart en usufruit. En effet, le disposant a manifesté la volonté de donner la plus forte des quotités déterminées par la loi. Il a voulu atteindre le maximum des libéralités permises. Il a voulu restreindre ses héritiers à ce qui est indisponible dans la succession.

Il en est de même si la donation est niverselle : car, en donnant plus que la loi ne le lui permet, il a exprimé qu'il voulait donner au moins tout ce qu'elle autorise.

Grenier [2] avait d'abord pensé qu'en pareille occurrence, l'héritier aurait le choix de délivrer à l'époux survivant un quart en propriété et un quart en usufruit, ou simplement une moitié en usufruit. Cette opinion bizarre suppose que le donateur a confié à l'enfant lui-même le pouvoir de limiter ce qui doit appartenir à celui de ses parents qui survit. Elle a été du reste abandonnée par son auteur, de même qu'elle a été rejetée par tous les jurisconsultes [3].

2576. Maintenant, en embrassant d'un même coup d'œil les deux cas où l'époux donataire se trouve en présence de réservataires enfants ou ascendants, on rencontre une question qui a partagé les esprits, et qui consiste à savoir si cet époux donataire d'un usufruit portant sur la réserve des héritiers, peut être dispensé de fournir caution.

L'ancien droit offre sur ce point des analogies décisives. Il considérait le douaire coutumier comme si favorable, qu'il n'assujettissait pas la femme à fournir caution, et ne lui demandait d'autre garantie que son serment [4], à cause de l'honneur que l'enfant doit à sa mère [5]. Il est vrai que dans le cas où elle se remariait, elle était tenue de fournir caution [6]. Mais on en sent la raison, puisque la veuve étant remariée n'est plus censée être de la maison de son premier mari, comme dit Coquille, et doit être tenue pour étrangère [7].

Il est vrai encore que, lorsque le don mutuel se faisait pendant le mariage, auquel cas il ne devait consister qu'en usufruit, le donataire était assujéti à l'obligation de donner caution [8], sans pouvoir en être déchargé par la donation [9].

La raison en était que, pendant le mariage, les époux ne pouvaient se faire aucun avantage, et de peur que la dispense de fournir caution ne renfermât un moyen indirect d'é luder la prohibition, on les astreignait avec rigueur aux dispositions impératives de la coutume; on voulait qu'ils ne s'écartassent en rien des conditions précises qu'elle avait imposées, lorsque, par une exception spéciale à ses défenses, elle avait autorisé le don mutuel [10]. Mais lorsque le don mutuel d'usufruit se faisait par contrat de mariage, il n'en était plus de même; la remise de caution était valablement stipulée [11]. Loi de l'envisager alors d'un œil sévère, on la considérait comme une de ces stipulations libres et favorables qui assurent le sort du survivant; l'on ne voulait pas que les enfants vinssent se montrer plus défiant envers lui que le donateur ne l'avait été lui-même.

Sous le Code Napoléon il n'en saurait être autrement; les textes joignent leur autorité aux

[1] *Supra*, n° 2555.

[2] 1^{re} et 2^e édit., n° 450.

[3] Grenier, n° 450, t. III, p. 440, édit. de Bayle-Mouillard; Delvincourt, t. II, p. 63, note 3; Toullier, t. V, n° 867; Duranton, t. IX, n° 790; Coin-Delisle sur 1094, n° 10; Cœco, 20 mars 1845 (*Journal du Palais*, 45, t. II, 826).

[4] Paris, art. 264. Étampes, art. 135. Nantes, art. 140. Orléans, art. 218. Nivernais, ch. 24, art. XI. Voy. Pothier, du *Douaire*, part. 1, art. 2, § 3.

[5] Coquille sur Nivernais, loc. cit.

[6] Paris, art. 264. Loisel, t. 3, 40. Argou, 3, 10, p. 128.

[7] Sur Nivernais, loc. cit.

[8] Paris, art. 280. Orléans, art. 281.

[9] Ricard, *Don mutuel*, 207, 208. Rousseau de Lecombe, *Don mutuel*, sect. 2, n° 12. Ferrière sur Paris, art. 280 (remarques qui précèdent le commentaire). Il cite Domoulin sur le même article de l'ancienne coutume.

[10] L'annotateur de Ferrière sur l'art. 280, n. 18 et 19.

[11] Ferrière, loc. cit.

considérations morales sur lesquelles s'appuyait l'ancienne jurisprudence. Il ne faut même pas faire la distinction qu'elle faisait entre les donations par contrat de mariage et celles qui ont lieu pendant le mariage; notre article les met sur le même pied; il n'a pas contre celles-ci l'aversion de l'ancien droit coutumier. Le devoir des enfants sera donc de respecter une dispense que leur auteur a accordée dans sa sagesse à quelqu'un qu'ils doivent honorer. L'art. 601 du Code Napoléon est formel; il assujettit tout usufruitier à donner caution, à moins qu'il n'en ait été dispensé par l'acte constitutif de son droit. Il est donc permis d'accorder une remise de la caution par la donation. L'art. 1094 est gouverné par cette règle générale.

La plupart des auteurs ont cru, cependant, que l'inviolabilité de la réserve doit faire admettre une exception à l'art. 601 du Code Napoléon. Ils craignent que la dispense ne soit un moyen indirect de l'altérer; ils veulent qu'une caution la protège contre la gestion infidèle ou négligente du survivant donataire [1].

Une telle opinion n'est pas soutenable. Sous prétexte de conserver la réserve, elle compromet la dignité des parents; elle suscite contre leur autorité de scandaleux procès; elle ne tient aucun compte des sentiments de famille, de l'honneur des père et mère et du respect que leur doivent les enfants. Quoi! il faut supposer de plein droit, non l'affection du survivant, mais son mauvais vouloir, non son esprit de conservation, mais sa mauvaise gestion. D'un père ou d'une mère, il faudra faire, non un gardien de la fortune commune, mais un dissipateur ou un déprédateur. Il faudra mépriser le jugement qu'a porté sur lui le donateur, et admettre de la part de ce dernier une connivence ou un aveuglement! Il ne saurait en être ainsi.

L'art. 1094 permet de donner l'usufruit de la réserve, sans déroger à aucune des règles du droit commun. L'époux usufruitier n'est donc tenu à fournir caution que conformément à l'article 601, c'est-à-dire à moins qu'il n'en ait été dispensé.

Où a-t-on vu, d'ailleurs, qu'en l'absence d'une

caution le légittimaire soit exposé à perdre sa nue propriété, sans pouvoir y parer? N'a-t-il pas la faculté d'empêcher l'usufruitier d'abuser de son droit, et de le faire même déchoir aux termes de l'art. 618 du Code Napoléon?

Il est une dernière considération. On sait que les père et mère sont de plein droit dispensés de donner caution pour l'usufruit légal. La loi s'inspire ici de l'inverse des présomptions sur lesquelles se fonde l'opinion que nous réfutons. Et l'on voudrait que lorsque c'est la volonté d'un époux qui gratifie l'autre, le donateur ne pût pas se laisser guider par ses bonnes pensées et rendre au donataire la justice que méritent son dévouement, son économie, et sa tendresse pour le propriétaire!

2577. La cour de cassation s'est prononcée du reste dans le sens qui est le nôtre, et son arrêt du 17 mai 1843 [2] nous paraît devoir faire cesser une diversité de jurisprudence que l'on comprend à peine [3], et qui n'avait été entretenue que par les fausses doctrines des auteurs. En voici les motifs : « Attendu qu'une disposition testamentaire ne peut être annulée ou considérée comme non écrite, que lorsqu'elle est contraire aux lois ou aux bonnes mœurs; attendu que le § 2 de l'art. 1094 du Code civil autorise l'époux qui a des enfants à disposer au profit de l'autre époux, soit d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit de ses biens, soit de la moitié en usufruit seulement, et que cette disposition spéciale ne réglant pas les obligations de l'époux usufruitier, on ne peut lui appliquer que les obligations qui sont imposées à tous les usufruitiers; attendu que ces obligations sont déterminées par la disposition générale de l'article 601, qui porte que l'usufruitier donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par le titre constitutif de l'usufruit; attendu que l'art. 1094 du même Code déroge nécessairement à la disposition de l'art. 913, qui fixe la portion réservée aux enfants, puisque, dans le cas où il existe trois enfants ou un plus grand nombre, ces enfants ne peuvent pas recueillir, au

[1] Proudhon, t. II, n° 824. Pontot, du Cautionnement, n° 408. Zachariae, t. II, § 226, p. 8.

[2] Devill., 43, 1, 482. Dans l'espèce, le disposant avait légué l'usufruit de la moitié de ses biens à sa veuve, l'avait dispensée de donner caution, et était mort laissant quatre enfants.

[3] Dans le cas où les réservataires étaient des enfants.

Pour la validité de la dispense : Rouen, 13 juin 1840 (Devill., 40, 2, 316); Limoges, 8 août 1843 (Devill., 44, 2, 161); Paris, 2 mai 1845 (Devill., 45, 2, 333); Paris, 19 déc. 1846 (Devill., 47, 2, 107); Paris,

3 juillet 1847 (Devill., 47, 2, 600).

Contre la validité de la dispense : Paris, 9 nov. 1836 (Devill., 36, 2, 336); Rouen, 24 fév. 1842 (Devill., 42, 2, 250); Douai, 18 mars 1842 (Devill., 43, 2, 9); Rouen, 17 février 1844 (Devill., 44, 2, 127).

Dans le cas où les réservataires étaient des ascendants.

Pour la validité de la dispense : Orléans, 19 déc. 1822 (Devill., 7, 2, 439).

Contre la validité de la dispense : Nancy, 21 mai 1828 (Devill., 8, 2, 79); Douai, 20 mars 1833 (Devill., 33, 2, 196); Toulouse, 27 nov. 1841 (Devill., 42, 2, 129).

« décès du prémourant de leurs père ou mère,
 « l'intégralité de la portion qui leur est réservée
 « par ledit art. 913 lorsque le père ou la mère
 « précédé à usé de la faculté qui lui est ac-
 « cordée par l'art. 1094; qu'ainsi on ne saurait
 « rejeter l'application de l'art. 601, relatif à la
 « dispense de donner caution, sous le prétexte
 « que cette disposition porterait atteinte à la
 « réserve légale des enfants; attendu que, dans
 « le silence de la loi, il n'est pas au pouvoir des
 « tribunaux d'annuler, sur des motifs plus ou
 « moins spécieux, la disposition testamentaire
 « qui dispense l'époux usufruitier de l'obliga-
 « tion de donner caution..., etc. »

2578. Disons, maintenant, un mot d'une question transitoire qui se rattache à la caution du survivant usufruitier. Lorsque le mariage et la donation d'usufruit entre les conjoints faite par contrat nuptial sont antérieurs au Code Napoléon, et se sont accomplis sous l'empire d'un statut qui dispensait de plein droit la veuve de fournir caution pour son usufruit, celle-ci doit profiter de cette dispense légale, bien que son usufruit se soit ouvert sous l'empire du Code Napoléon. Elle avait un droit acquis, dont elle ne peut être privée par la promulgation d'une loi nouvelle.

Peu importe que cet usufruit ait été constitué sur des biens à venir et soit par conséquent un droit éventuel. Il suffit que les dispositions contenues dans un contrat de mariage soient irrévocables pour qu'une loi postérieure respecte les espérances très-positives qui en résultent pour les parties.

C'est ce qui a été jugé par la cour de Bordeaux le 29 avril 1809 (1). Dans l'espèce, le contrat de mariage de 1777 contenait donation à l'épouse de l'usufruit de la part du mari dans les acquêts futurs stipulés communs. Les parties étaient domiciliées dans le ressort du parlement de Bordeaux, et la jurisprudence de ce parlement dispensait la veuve usufruitière de donner caution.

2579. Ce que nous venons de dire de la dispense de donner caution, faut-il le décider de la dispense de faire inventaire? Nullement : l'article 600 du Code Napoléon exige expressément que l'usufruitier ne puisse se mettre en possession des meubles et immeubles sujets à l'usufruit, qu'après avoir fait dresser un inventaire des meubles et un état exact des immeubles; cet article ne porte pas que le testateur ou le

donateur pourra dispenser l'usufruitier de cette formalité, à la différence de l'art. 601, qui les autorise à le dispenser de fournir caution (2).

Tout ce que peut faire et ordonner le donateur, c'est que les frais de l'inventaire ne soient pas à la charge de l'usufruitier; pourtant, il ne pourra les mettre à la charge du réservataire, qu'autant que cette dépense ne portera pas atteinte à la réserve (3).

2580. Jusqu'à présent, nous nous sommes borné à examiner la portion disponible entre époux au seul point de vue du concours du donataire survivant et des réservataires. Il faut maintenant étendre un peu plus notre horizon, et mêler à ce concours l'intervention d'une tierce personne qui serait donataire ou légataire du disposant, et qui, se prévalant de la quotité disponible de l'art. 913 du Code Napoléon, demanderait à la faire marcher d'accord avec la quotité disponible établie par l'article 1094. Nous touchons ici à une des principales difficultés du commentaire de notre article. Elle se formule ainsi :

Le législateur, ayant fixé d'une manière distincte et séparée ce dont on peut disposer envers tout le monde et ce dont on peut disposer envers son conjoint, a-t-il permis au donateur d'épuiser par ses libéralités les deux quotités ajoutées l'une à l'autre et cumulées? ou bien faut-il coordonner et concilier les deux portions disponibles? Dans quelle mesure doit s'opérer cette combinaison?

2581. Ce n'est pas sur le cumul des deux portions que porte l'embarras. Ce cumul aboutit à des résultats si exagérés, qu'il tombe dans l'absurde. Ainsi, un père de famille qui aurait un enfant pourrait donner à un étranger la pleine propriété et la moitié de ses biens, plus à son conjoint la propriété d'un quart et la jouissance d'un autre quart. De telle sorte qu'il ne resterait à l'enfant, pour sa réserve, que la nue propriété d'un quart de la succession pendant la vie du survivant de ses père et mère. Il suffit d'énoncer de telles conséquences, pour en condamner le principe.

Pour comprendre que ce point ait été controversé (4), il faut se reporter aux antécédents législatifs de la question. Ce sont eux qui expliquent l'erreur que nous repoussons. En effet, il est certain que, sous l'empire de la loi du 17 nivôse an 11, le disposant pouvait à la fois donner, au préjudice de ses héritiers réservataires,

(1) Devill., 3, 2, 62. Dans le même sens, Bourges, 24 juin 1836 (Devill., 8, 2, 249).

(2) Pau, 24 août 1835 (Devill., 43, 1, 481).

(3) Comparez Zacharie, t. II, p. 8, note 4.

(4) Voy. l'opinion de Lavignerie, dans Bouché, loc. cit., p. 195. Arrêt d'Agen, 27 août 1810 (Devill., 3, 2, 343). Grenoble, 26 mars 1858 (Devill., 42, 1, 897).

et le disponible ordinaire et le disponible particulier aux époux entre eux. Les art. 13 et 14 de la loi de l'an 11 fixaient la quotité disponible entre époux, qui ont des enfants de leur union [1]. à moitié en usufruit; puis, l'art. 16 s'exprimait ainsi: « Les dispositions générales de du présent décret ne font point obstacle pour l'avenir à la faculté de disposer du dixième de son bien, si l'on a des héritiers en ligne directe, ou du sixième, si l'on n'a que des héritiers collatéraux, etc. »

Cette rédaction était claire. Son sens et ses effets le devinrent encore plus par cette réponse de la Convention [2], « qu'à l'avenir, à quelque titre que les dons fussent conférés, il n'y aurait qu'un dixième de disponible, si le testateur avait des enfants, ou le sixième s'il n'en avait point, *SAUF LES DONS ENTRE ÉPOUX.* »

Et encore [3], « que le système restrictif (de l'article 16) n'était pas pour les dispositions entre époux, sauf la réductibilité à l'usufruit de moitié, en cas qu'il y eût des enfants. »

Enfin, l'art. 6 de la loi du 18 pluviôse an v statuait formellement que « les avantages entre époux, maintenus par les art. 13 et 14 de la loi du 17 nivôse ou 11 sur l'universalité des biens de l'auteur de la disposition, ne s'imputeraient pas sur le sixième ou le dixième déclaré disponible entre toutes personnes par l'art. 16 de la loi. »

La réunion de ces textes ne permettait donc pas le doute. C'est pourquoi la faculté du cumul a été reconnue par la cour de cassation le 22 messidor an v [4]. Elle n'avait pas de grands inconvénients; car l'exiguité de la portion disponible ordinaire était telle que, réunie à la quotité spécialement autorisée par le conjoint, elle ne causait pas de détournement injuste à la réserve des enfants.

Cet état de choses continua sous la loi du 4 germinal an viii.

Cette loi, qui donnait une extension notable à la quotité disponible ordinaire, se terminait par un article ainsi conçu: « Il n'est pas dérogé par cette loi... aux lois antérieures qui concernent les dispositions entre époux. »

Mais ces précédents ne sauraient exercer d'influence sur le Code Napoléon.

La pensée du législateur se révèle dans la manière dont il fixe la portion disponible à l'égard de l'époux, quand le donateur laisse des ascendants. Le disponible au profit de l'époux se compose de ce qui est disponible au profit des tiers, plus une addition. N'est-il pas clair dès lors que si tel est l'état des choses à l'égard des ascendants, il doit en être de même dans le cas où il existe des enfants, et que la portion du patrimoine disponible à l'égard du conjoint doit, dans le système de la loi, se confondre, jusqu'à due concurrence, avec la portion du patrimoine dont on peut disposer à l'égard de tout le monde [5]?

C'est au surplus ce qu'a très-bien jugé la cour de cassation par un arrêt du 21 nov. 1842, qui a cassé un arrêt de la cour de Grenoble [6].

2582. Il existe, cependant, un arrêt de la cour d'Agen du 27 août 1810 qui a consacré le principe du cumul des deux quotités [7].

Il s'agissait d'un père qui avait neuf enfants et qui, par testament, avait légué la moitié de tous ses biens en usufruit à son épouse et le quart, par préciput, en propriété à ses deux enfants mâles.

La cour décide d'abord qu'un père ayant plus de trois enfants peut léguer un quart en pleine propriété à l'un ou plusieurs de ses enfants; que de plus il peut laisser moitié en usufruit à son conjoint. C'est bien là le principe du cumul expressément consacré. Mais pour le rendre aussi léger que possible, la cour veut que l'usufruit de la femme se prenne aussi bien sur la portion disponible donnée aux deux enfants mâles, que sur la portion réservée. Par ce tempérament, elle dégrève la réserve d'une partie de l'usufruit, au lieu de la lui faire supporter en entier; ce qui devrait arriver si l'on admettait le cumul dans toute sa rigueur. Elle a pensé que l'usufruit du conjoint était une charge de la succession, et devait porter également sur le préciput et les parts des héritiers.

En conséquence, elle a décidé que sur les biens de la succession, estimés par experts, il serait délivré un quart par préciput aux enfants légataires, et que les trois autres quarts seraient partagés en neuf lots égaux et distribués aux neuf enfants du défunt; qu'enfin il serait déli-

[1] Voy. *supra*, n° 732.

[2] Décret du 22 ventôse an ii, question sixième.

[3] Question sixième.

[4] Devill., t. I, 177.

[5] Toullier, t. V, n° 870. Coin-Delisle sur l'art. 1094, n° 14. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. IV, p. 115. Delvincourt, t. II, p. 230. Duranton, t. IX, n° 787. Zachariae, t. V, § 689, t. V, p. 208, note 12. Benech, p. 195.

[6] Devill., 42, 1, 897. Voyez une note de Devill. (44, 1, 70), de laquelle il résulterait que la cour de cassation a cassé l'arrêt de Grenoble sur une copie inexacte où le mot *propriété* avait été substitué au mot *usufruit*. Cette même cour de Grenoble avait elle-même révoqué le cumul par un arrêt du 10 avril 1812 (Devill., 4, 2, 280. *Journal du Palais*, 10, 287).

[7] Devill., 3, 2, 345. Benech, p. 186.

vré à la veuve, en jouissance sa vie durant, la moitié tant du préciput que des portions adjudgées aux neuf enfants.

Mais ce tempérament manque de logique. Si le père peut épuiser les deux quotités, pourquoi amoindrir le préciput dont il a eu le droit de disposer pleinement? Il n'y a pas de milieu : ou regarder les deux quotités disponibles comme s'ajoutant l'une à l'autre, ou les confondre jusqu'à concurrence de ce qu'autorise la loi [1].

2583. Ceci posé et le cumul devant être rejeté, voyons comment les deux quotités doivent se combiner pour ne pas porter préjudice aux réservataires.

La combinaison de ces deux quotités se présente dans deux hypothèses : la quotité disponible ordinaire dépasse celle qui est spécialement établie en faveur des époux ; ou bien elle ne la dépasse pas. Elle la dépasse lorsque celui dont la succession se partage, n'a laissé qu'un enfant pour héritier réservataire. Il peut en effet donner à des tiers jusqu'à la moitié de son patrimoine d'après l'art. 913, au lieu que par l'art. 1094, il ne peut donner à son époux que le quart en propriété et le quart en usufruit, ou bien la moitié en usufruit. Au contraire, la quotité disponible ordinaire est inférieure à la quotité fixée par l'art. 1094, lorsque, par exemple, le disposant a laissé trois enfants ou un plus grand nombre. Il ne lui est permis de disposer à l'égard des tiers que du quart, tandis qu'il peut disposer en faveur de son conjoint d'un quart en propriété et un quart en usufruit, ou bien de la moitié en usufruit.

Ces deux hypothèses ont donné naissance à des questions nombreuses. Nous allons en faire l'objet d'un examen attentif.

2584. Et d'abord, plaçons-nous au sein de la première hypothèse, et fixons les positions.

Presque toujours c'est par contrat de mariage que l'époux dispose de la quotité conjugale au profit du survivant. Lorsque ensuite il se voit père d'un seul enfant, ses affections peuvent lui conseiller de disposer au profit d'un tiers, ordinairement d'un agnat, de ce qui lui reste disponible sur la quotité ordinaire. Il le peut. Supposons qu'il ait donné à sa femme un quart en propriété et un quart en usufruit. Il est maître de donner le quart en nue propriété à son frère, que ses préjugés agnatiques l'induisent à avantager aux dépens de son fils ou de sa fille. La quotité conjugale dont il a usé en premier

lieu doit s'imputer sur la quotité ordinaire ; et comme celle-là est plus faible que celle-ci, l'époux conserve le droit d'épuiser par ses libéralités le restant de la quotité ordinaire, afin d'arriver au maximum de ce dont le droit commun lui permet de disposer.

Si, au contraire, l'époux a commencé par épuiser le disponible ordinaire au profit d'un tiers, il ne lui reste plus rien pour avantager sa femme. Le premier disponible, qui est le plus fort, a absorbé le second, qui est le plus faible.

2585. Il n'y a dans tout cela ni obscurité, ni incertitude. Mais voici où commence la difficulté :

Supposons que l'époux ait, par son contrat de mariage, excédé au profit de sa femme les limites du disponible conjugal, de manière à lui donner des valeurs s'élevant au maximum du disponible le plus élevé. Lui sera-t-il permis plus tard d'opérer une sorte de réduction mentale de cette donation et de léguer à un tiers ce qu'il aurait certainement pu lui donner s'il s'était tenu dans les bornes du disponible conjugal?

Précisons par un exemple notre question. Titius donne à Titia, par son contrat de mariage, dans le cas de survie, la moitié de tous ses biens. Plus tard, le mariage fait naître une fille. Titius réfléchit alors que, d'après l'article 1094, son don ne peut excéder le quart en propriété et le quart en usufruit, et que par conséquent Titia a été gratifiée de quelque chose de plus que ne le permet la loi ; en conséquence, il lègue à son frère un quart en nue propriété, devant devenir un quart en toute propriété au décès de Titia. En sorte que, dans sa pensée, il n'enlève pas à sa fille plus que la moitié dont le droit commun lui permet de disposer librement. Cette combinaison est-elle régulière ? concilie-t-elle les droits de chacun ?

Au premier abord, une grave objection se tire de l'article 921 du Code Napoléon. Il porte, en effet, que « les donataires, les légataires du décu » sont ne peuvent demander la réduction, ni en « profiter. » Or, dans l'espèce posée, le frère légataire profite de la réduction opérée sur l'épouse. Celle-ci était donataire de la moitié, et elle ne devait être réduite que dans l'intérêt de sa fille ; et néanmoins, voilà que ce n'est pas sa fille qui recueille le bénéfice de la réduction. C'est un légataire étranger qui vient porter atteinte à une donation irrévocable par sa nature, et qui n'est réductible que dans un intérêt autre que le sien.

[1] Je trouve encore un arrêt de la cour de Riom du 2 avril 1841, qui favorise le système du cumul des deux quotités, mais qui l'admet en faisant porter sur le legs du disponible ordinaire fait à un enfant, l'usufruit cou-

jugal antérieurement constitué (Devill., 41, 2, 338 et suiv.). Cet arrêt, qui a été déterminé par des circonstances particulières dignes de considération, encoûrt, en droit, les mêmes reproches que l'arrêt d'Agès.

Cette objection a paru si grave à la cour de Bordeaux, qu'elle en a fait la base d'un arrêt dont voici l'espèce : Un sieur Dupeyron avait, par son contrat de mariage, donné à sa future épouse l'usufruit de tous les biens propres, tant meubles qu'immeubles, qu'il délaisserait. Il avait toutefois ajouté que cette donation subirait les réductions voulues par la loi, dans les cas qu'elle détermine.

Il eut un fils né de ce mariage.

Il fit ensuite par testament un legs universel à un parent, et mourut avant sa femme. Il est important de remarquer que l'enfant réservataire garda le silence sur la donation faite à sa mère. Il n'en demanda pas la réduction.

Ce fut le légataire universel seul qui prétendit que, par la volonté même du défunt, la donation d'usufruit faite à la veuve était réduite à moitié des biens ; que par conséquent son legs devait encore s'exécuter sur le complément de la quotité disponible, fixée par la loi à la moitié en pleine propriété quand il y a un enfant.

Mais cette prétention a été rejetée par le tribunal et, sur appel, par la cour de Bordeaux (1) :

« Attendu que la donation de l'usufruit de l'entière succession équivaut à la donation de moitié en pleine propriété ; qu'ainsi la disposition contractuelle, faite par Dupeyron en faveur de son épouse, a complètement épuisé sa faculté de disposer ; que dès lors ses autres dispositions ne peuvent sortir à effet ; que vainement le légataire objecte que l'enfant réservataire pourrait faire réduire la disposition contractuelle faite au profit de sa mère à une moitié en usufruit seulement, aux termes de l'article 1094 ; ce qui laisserait une moitié en nue propriété pour la disposition testamentaire faite en sa faveur ;

« Que l'action en réduction est toute personnelle à l'enfant réservataire, qui est libre de l'exercer ou d'y renoncer ; que toute autre personne, soit créancier, soit légataire, ne peut, quel que soit son intérêt, ni l'exercer, ni même en profiter, quand elle est exercée... ;

« Que toute disposition entre époux, excédant la quotité prescrite par l'article 1094, n'est pas nulle de plein droit..., qu'elle est valable en son entier, sauf à subir, à l'événement et dans l'intérêt des enfants qui pourraient survenir, le retranchement que la loi permet de demander... ;

« Que si le donateur ajoute que cette donation subira les réductions voulues par la loi, dans les cas qu'elle détermine, il ne fait

« qu'exprimer plus fort cette vérité : c'est que cette disposition universelle et absolue dans son intention ne pourra se restreindre que par l'exercice de l'action en réduction dans le cas et sous les conditions prescrites par la loi..., et uniquement dans l'intérêt des enfants auxquels seuls l'action en réduction est ouverte ;

« Qu'en fait, la réduction n'a pas été demandée et la disposition contractuelle a été exécutée pour le tout. »

2556. Cette solution, qui paraît au premier coup d'œil parfaitement logique, perd, après un sérieux examen, toute son autorité. L'art. 921 ne saurait la protéger ; il n'est pas applicable à la matière qui nous occupe. En voici la raison :

L'article 921 est édicté pour le cas où il n'y a qu'une seule quotité disponible. On conçoit qu'alors on n'admette de réclamation contre les libéralités excessives, que de la part des réservataires ; eux seuls sont lésés. Ce qui est donné en sus du disponible est pris sur leur légitime, et c'est seulement à cause de cette inofficiosité du disposant, que sa libéralité, d'ailleurs irrévocable, est sujette à réduction. Les enfants ne font que réclamer en quelque sorte la restitution de ce qui leur appartient dans l'origine, et qui leur a été indûment enlevé. Ils sont donc fondés à élever la voix. Mais qui pourrait comprendre la plainte d'un tiers auquel le disposant ne devait rien ? Quel motif aurait-il de critiquer une donation excessive faite avant la sienne ? Est-ce que tout n'était pas disponible à son égard ?

Il n'en est pas de même lorsque, comme dans la matière toute spéciale qui nous occupe, il y a deux quotités disponibles qui doivent se concilier. Quand le donateur se répand en libéralités exagérées sur le conjoint qui ne peut recevoir que dans une certaine limite, quand il lui donne plus que la loi ne permet de lui donner, quand par exemple il lui fait don de la moitié de tous ses biens, alors que l'article 1094 ne permet de donner qu'un quart en propriété et un quart en usufruit, il empiète (notons bien ceci) non pas sur la réserve, mais sur la seconde quotité disponible, et c'est pour cette raison qu'on doit autoriser le donataire de cette seconde portion à réclamer pour faire cesser un tel empiètement. Nous disons que le donateur n'empiète pas sur la réserve ; et en effet, dans l'espèce proposée, elle est de moitié, et nous supposons que l'enfant a sa moitié intacte. De quoi donc cet enfant se plaindrait-il, lui qui est rempli de sa légitime ? Où serait l'intérêt qui pourrait motiver sa plainte d'inofficiosité ? Nous ajoutons que le disposant a empiété sur la seconde quotité disponible, et rien n'est plus évident ; car, sur

(1) 2 avril 1852 (Devill., 52, 2, 330).

quoi aurait-il commis cet excès de pouvoir, puisque la réserve demeure saine et sauve? Si donc il a donné à sa femme plus que le *maximum* autorisé par l'article 1094, c'est parce qu'il l'a enrichie aux dépens de la seconde quotité disponible. Et comme le donataire étranger a intérêt à ce que son don sorte à effet, tout en respectant la réserve, il s'adressera à la femme, et il obtiendra au nom de l'article 1094, au nom de la liberté du disposant, et de sa volonté expresse, que la libéralité dont il a été l'objet reçoive exécution jusqu'à concurrence de la plus haute portion disponible. L'époux, dans les hypothèses qui nous occupent ici, ne peut recevoir toute la quotité disponible ordinaire. Or, si le disposant la lui a donnée, pourquoi ne pourrait-il pas lui retirer l'excédant? Pourquoi ne pourrait-il pas le donner à d'autres? N'est-il pas censé n'avoir donné que sauf la réduction que des événements ultérieurs et imprévus rendraient obligatoire?

On aperçoit donc pourquoi l'art. 921 n'est pas applicable à notre sujet : il suppose un dommage causé à la légitime, une diminution de la réserve qui doit toujours rester intacte. Ici, au contraire, la légitime n'est pas ébréchée, et toute plainte d'inefficacité serait hors de propos. L'article 1094 resterait sans valeur et comme une lettre morte, si le donataire de la seconde quotité disponible ne pouvait reprendre sur l'époux ce qui lui a été donné de trop. C'est à lui que la donation excessive porte préjudice, c'est sur son domaine qu'elle empiète. Il a donc action pour faire respecter l'usage que le donateur a fait, à son égard, de ce que l'art. 1094 rendait disponible entre ses mains (1).

Vainement dirait-on que, contre tous les principes, il profite de la réduction. Car c'est là une éclatante méprise. Profiter de la réduction, dans le sens de l'art. 921, c'est profiter de la réserve. Or, le second donataire ne profite ici que d'une partie du disponible ordinaire, laissée libre en sa faveur.

Il est vrai que ce résultat conduit à une singularité. C'est dans l'intérêt de l'enfant qu'il a été dit dans l'art. 1094 que l'époux ne pourrait recevoir toute la quotité disponible ordinaire. Il semble donc que ce serait l'enfant qui devrait profiter de la réduction; et pourtant, on lui ferme la bouche; on lui dit qu'il est sans intérêt, et l'on fait tourner la réduction à l'avantage d'un tiers.

Nous répondons qu'il n'est pas extraordinaire en jurisprudence de voir des personnes profiter d'une loi dont ils ne sont pas la cause première.

La loi ne permet pas de donner tout le disponible à un époux. Mais puisqu'elle n'enlève pas au donateur le droit d'user de ce disponible d'après le droit commun, elle le laisse donc dans sa liberté à l'égard de tous autres. Or, cette liberté ne serait-elle pas un vain mot, si celui en faveur de qui il en use n'avait action pour la faire respecter dans son exercice légitime? Est-ce que la liberté civile n'est pas éminemment digne de nos respects? Est-ce que la volonté des mourants doit être foulée aux pieds? Est-ce que, sauf les réserves, le patrimoine du défunt ne doit pas être partagé suivant sa suprême volonté? Est-ce qu'il n'y a pas là un intérêt de premier ordre qui répond à toutes les objections?

Maintenant, on essaye de se prévaloir de l'article 923 du Code Napoléon, à défaut de l'article 921 qui échappe, et l'on dit :

La dernière donation doit être réduite avant la précédente; on ne peut réduire celle-ci qu'autant que celle-là n'existe plus. Comment serait-il donc possible que, dans notre espèce, on opérât une réduction sur la première donation, afin de venir au secours de la seconde, laquelle, en droit, doit rester sans effet?

Mais cet argument n'a aucune force au fond. Nous tenons grand compte du principe posé par l'art. 923, et ce qui le prouve, c'est que nous commençons par réduire la seconde donation faite sur la seconde portion disponible (2). Seulement, comme la première donation prise sur la quotité disponible conjugale a indûment enlevé quelque chose à la quotité disponible ordinaire, nous en faisons la restitution à celle-ci. Nous appliquons donc l'art. 923; mais nous ne le faisons pas servir à augmenter la légitime et à restreindre la faculté de disposer (3).

2387. Dans l'espèce sur laquelle la cour de Bordeaux a statué, il y avait une raison particulière de décider dans notre sens. C'est que le donateur avait lui-même prescrit de réduire la donation qu'il faisait à la mesure fixée par la loi. La cour n'a pas attaché d'importance à cette clause. C'est se mettre trop à l'aise; car, par là, le donateur a déclaré vouloir se réserver de disposer au profit d'autrui de tout ce dont il n'aurait pas pu disposer au profit de son conjoint; il a voulu, en tant que de besoin, faire retomber sous sa main et en sa puissance ce qui serait enlevé au donataire. Est-ce qu'il était permis de passer devant cette volonté expresse, sans la respecter et lui donner appui?

Or, ce que le donateur avait hautement ex-

pliqué quand il s'agit d'un don fait à un second époux. On verra pourquoi nous donnons une solution différente.

(1) Duranton, t. VIII, n° 327. Zacharie, t. V, p. 168.

(2) *Infra*, n° 2613.

(3) Voy. *infra*, n° 2727 et suiv., une question analo-

primé dans l'affaire de Bordeaux, il faut le sous-entendre dans tous les cas. Une telle pensée est dans la nature des choses. Elle ressort des situations; elle est commandée par la variété des événements qui pendant le mariage peuvent influencer sur la capacité du donateur; elle répond aux désirs du père de famille qui attache un grand prix à la faculté de disposer de ses biens avec indépendance dans la plus large mesure possible.

2588. Au surplus, la jurisprudence paraît s'éloigner entièrement du point de vue de la cour de Bordeaux et favoriser l'opinion que nous venons d'exposer.

Passons les espèces en revue.

Un sieur Turle avait, par son contrat de mariage, fait donation à sa future épouse de l'usufruit de la totalité des biens qu'il laisserait à son décès.

Il lègue la moitié de ses biens à son frère. Il meurt laissant un fils pour héritier. Bientôt un débat s'élève entre l'épouse, l'enfant et le légataire, pour le règlement des droits respectifs.

Le tribunal de Gaillac décide que la veuve aura l'usufruit de la moitié de la succession, le légataire aura la nue propriété de cette moitié. Son jugement est motivé avec force. Il constate que la donation faite à la femme contient en elle une cause de réduction, puisqu'elle excède les limites de l'art. 1091; qu'il faut la restreindre à des droits d'usufruit, puisque le donateur n'a pas voulu donner la propriété; que l'excédant doit être attribué dans les limites de la quotité disponible au frère; que la veuve ne saurait quereller le legs, puisqu'elle a ce que la réduction permet de lui laisser; que l'enfant n'est pas plus recevable à se plaindre, puisqu'il ne lui est dû que sa réserve légale, et qu'il la reçoit entière.

Sur l'appel, l'enfant se mit à l'écart, se tenant pour satisfait. La veuve seule soutint le débat. Mais la cour de Toulouse mit son appelation à néant, par arrêt du 1^{er} février 1827 (1) :

« Attendu que la dame Dèze, veuve Turle, reconnaît elle-même que la donation à elle faite dans son contrat de mariage doit être réduite à l'usufruit de la moitié des biens de son mari; que l'enfant unique du sieur Turle n'a droit de se plaindre des libéralités faites par son père, qu'autant qu'elles ébrèchent sa réserve légale; que, dans le partage tel qu'il a été ordonné par les premiers juges, l'enfant reçoit son entière réserve, puisqu'on lui attribue la moitié des biens de son père en toute

« propriété; qu'ainsi le tuteur spécial d'Emmanuel Turle (le fils héritier réservataire) n'a pas relevé appel de cette décision; que le jugement attaqué attribue d'un autre côté à la veuve tout ce qu'elle demande et tout ce qu'elle a droit d'obtenir; que dès lors son appel est sans griefs; qu'elle n'a aucune qualité, ni aucun intérêt pour se plaindre d'une décision qui a respecté les droits de tous, et particulièrement les siens..., etc. »

2589. Mais voici un arrêt encore plus significatif, émané de la cour de cassation :

Par leur contrat de mariage de 1809, le sieur de Charentais et sa future épouse se sont fait une donation mutuelle au survivant d'entre eux de l'usufruit de tous les biens qu'ils laisseraient à leur décès.

Plus tard, une ordonnance royale du 7 décembre 1826 a érigé la terre de Charentais en majorat au titre de baron en faveur du sieur de Charentais et de sa descendance mâle, par ordre de primogéniture.

Le sieur de Charentais est décédé le 9 sept. 1846, laissant deux enfants, le fils majoritaire et une fille, la dame Pavy.

La veuve déclare accepter la donation contractuelle réduite à moitié à cause des enfants; elle en paye les droits à la régie. Bientôt, elle intente une action en partage et déclare renoncer à son usufruit, même réduit à moitié, et cela pour faire valoir le majorat de son fils. Sa fille s'y oppose; elle proteste contre la renonciation de sa mère, soutenant qu'elle est tardive, et que d'ailleurs elle nuit à ses propres intérêts. Elle demande la nullité du majorat, en ce que la donation d'usufruit faite à sa mère par le contrat de mariage absorbe toute la quotité disponible, et n'avait laissé au père rien de libre.

Le notaire chargé de la liquidation crut devoir tenir compte de la renonciation. Il commença en conséquence par régler la portion des biens attachés au majorat. Cette affectation absorbant la quotité disponible ordinaire fixée par l'article 913, il restreignit les droits de la dame de Charentais à l'usufruit d'un sixième de la succession.

La dame de Charentais et sa fille la dame Pavy attaquèrent cette liquidation. Elles soutinrent que la renonciation était nulle; que les avantages faits à la dame de Charentais ne laissant pas au majorat une dotation suffisante, le majorat tombait pour le tout; qu'ainsi, la seule libéralité à laquelle il fallait avoir égard était celle faite par le contrat de mariage en la réduisant dans les limites de l'art. 1094. Seulement, la dame de Charentais voulait que son usufruit fût converti en une attribution du quart en propriété et du quart en usufruit.

(1) Devill., 8, 2, 324.

Saisi du débat, le tribunal de première instance de Tours déclara la renonciation de la dame de Charentais nulle et de nul effet; il examina en conséquence la portée de la donation contractuelle à elle faite; il pensa que l'usufruit réduit à moitié par l'art. 1091 équivalait à un quart en propriété; que par conséquent le majorat constitué ensuite au profit du fils devait valoir jusqu'à concurrence de l'excédant d'un tiers sur un quart, c'est-à-dire sur un douzième de la succession.

Sur l'appel, arrêt de la cour d'Orléans du 4 août 1849 (1), qui mit l'appellation au néant.

Sur le pourvoi dirigé par la dame Pavy contre cet arrêt, on se fonda sur ce que l'usufruit donné à l'épouse avait absorbé la portion disponible; que le mari, généreux envers sa femme, n'avait plus rien à donner ni aux étrangers ni à ses enfants. La dame Pavy se prévalait encore de la violation des art. 921 et 923 du Code Napoléon, en ce que l'arrêt attaqué pour réduire les donations qui entamaient la réserve, au lieu de faire porter la réduction d'abord sur le majorat qui constituait la libéralité la plus récente, l'avait fait porter sur la donation de l'usufruit de tous les biens, faite au profit de la dame de Charentais qu'il avait réduite du tout à moitié. Mais la cour de cassation, le 12 janvier 1853, a rejeté le pourvoi, « attendu que l'enfant dont la « réserve est intacte n'a rien à débattre dans la « question du mode de réduction qui est suivi « entre les donataires; qu'ainsi la dame Pavy, « qui trouve les moyens de se faire délivrer le « tiers composant sa portion légitime, n'a pas « à argumenter des art. 921 et 923 du Code « Napoléon, ni à se plaindre de ce que ce n'est « pas la plus récente des deux donations qui a « été réduite la première (2). »

Cet arrêt est d'autant plus remarquable, qu'il est rendu précisément contre l'enfant. Il décide avec une grande netteté que quand l'enfant est rempli de sa légitime, il n'est pas fondé à empêcher le légataire de prendre sur la réserve ordinaire ce que la limitation de la réserve conjugale laisse disponible.

Il ne faudrait pas croire qu'il existe une doctrine contraire dans l'arrêt de la cour de cassation, du 8 août 1846, que nous avons eu occasion de citer ci-dessus (3). Quand on examine de près cette décision, on en trouve facilement la clef. Tout ce qu'il entend décider, c'est que le légataire ne doit prendre ni au réservataire ni au donataire contractuel que ce qui est nécessaire, la réserve étant intacte, pour le rem-

plir de ce qui lui a été donné, et qu'il ne doit profiter de rien au delà des limites de la libéralité. Dans l'espèce, l'arrêt attaqué avait attribué au légataire un émolument qui dépassait les bornes du legs dont il était gratifié. C'est en ce sens que la cour de cassation, cassant cet arrêt, a décidé qu'il ne devait pas profiter de la réduction, et rien n'est plus évident.

Il faut revenir sur les faits.

On se rappelle que, par contrat de mariage du 19 juin 1826, les époux Cassaigne s'étaient donné, à la condition de survie, l'usufruit d'une somme de 30,000 fr. De ce mariage était né un fils, Théophile Cassaigne. Décès de la femme Cassaigne en 1841. Par son testament, elle légua le tiers de sa succession à son père, le sieur Devaux.

Suivant ce dernier, la succession de la femme Cassaigne ne contenait, pour toute valeur, que les 30,000 fr. constitués en dot. Il attaque, en conséquence, le mari, en sa qualité de tuteur de son fils mineur, pour qu'il lui paye 10,000 fr. formant le tiers à lui légué, ou tout au moins 7,800 fr. formant le quart, avec les intérêts du jour de la demande. Pourquoi le quart? Le tribunal qui adopte ce système va nous le dire: la donation contractuelle s'est forcément réduite à l'usufruit de la moitié des 30,000 fr. qui forment toute la succession de la défunte. Or, cet usufruit équivalait à un quart en propriété, eu égard à l'âge de Cassaigne, et d'après une règle admise en jurisprudence. Donc, à l'époque de son testament, la dame Cassaigne n'avait à sa disposition que l'autre quart restant. Elle a pu en disposer au profit de son père.

Appel de la part de Cassaigne, tant pour lui que pour son fils mineur. Il soutient qu'on aurait dû lui attribuer un quart en propriété et un quart en usufruit, maximum de la quotité disponible fixée par l'art. 1094; que, dès lors, il ne revenait à Devaux qu'un quart en nue propriété.

Par arrêt du 2 février 1844, la cour d'Agen déclare que c'est sans doute avec raison que le tribunal a conservé au don fait au mari sa nature d'usufruit; mais que rien ne l'autorisait à le convertir en propriété pour donner effet au legs Devaux, qui ne pouvait modifier en rien le don contractuel antérieur; que la succession se trouvant absorbée d'abord par la réserve de l'enfant, ensuite par le don fait à Cassaigne pour l'usufruit de l'autre moitié, le legs du père ne pouvait sortir à effet que pour la nue propriété de cette dernière moitié.

(1) Devill., 50, 2, 202.

(2) Devill., 53, 1, 71.

(3) Supra, n° 929.

Pourvoi de Cassaigne, tant en son nom que comme tuteur de son fils mineur.

Où a prononcé la réduction sur la demande d'un légataire qui, d'après l'art. 921 du Code Napoléon, ne pouvait demander cette réduction ni en profiter. Devaux ne pouvait demander qu'une seule chose, l'évaluation de l'usufruit. S'il était prouvé que le legs épuisait la quotité disponible, il n'avait rien à demander; s'il était inférieur, il pouvait demander le restant.

Or, le don universel d'usufruit des 30,000 fr. fait au mari équivalait au don de la moitié en propriété. Il suit de là qu'il ne restait plus rien pour le légataire. Donc, la cour ne lui a attribué quelque chose qu'en violant l'art. 921 et en lui donnant une action en réduction qui n'existe pas pour lui.

Il est à remarquer que le légataire qui, d'après le testament, n'aurait eu droit qu'au tiers, c'est-à-dire à 10,000 fr., reçoit un capital de 15,000 fr.

Enfin l'arrêt a privé l'enfant du bénéfice de l'art. 117, qui lui donne l'option d'exécuter l'usufruit ou d'abandonner la quotité disponible. Cet article est applicable à la matière des donations entre époux.

Sur quoi la cour, chambre civile, au rapport de M. Miller,

« Vu, etc., etc.

« Attendu qu'au moyen de la donation entre-vifs portée au contrat de mariage, la dame Cassaigne n'a laissé dans sa succession que la nue propriété de la somme de 30,000 fr.;

« Que Devaux, en sa qualité de légataire, ne peut, aux termes de l'art. 921 du Code Napoléon, profiter de la réduction de la donation, réduction qu'a seul droit de demander et d'obtenir l'héritier à réserve;

« Qu'ainsi, quel que puisse être le règlement des droits entre cet héritier et le donataire contractuel, Devaux père ne pourrait, en aucun cas, réclamer au delà du tiers de ce qui existe dans la succession, c'est-à-dire le tiers de la nue propriété de la somme de 30,000 fr.;

« Attendu, dès lors, qu'en lui attribuant la nue propriété de la moitié de la somme, l'arrêt attaqué a expressément violé l'art. 921 du Code civil;

« Casse, etc. »

On le voit : la cour d'Agen avait donné au père plus que ce que lui attribuait son legs, et la cour de cassation lui oppose l'art. 921, pour le forcer à rester tout au moins dans les bornes assignées par la testatrice à sa libéralité.

2590. Abordons, maintenant, la seconde hypothèse, celle où la portion disponible entre époux est supérieure à la portion disponible à l'égard des tiers. Nous avons dit que cette cir-

constance se rencontre, lorsque le défunt a laissé trois enfants ou plus, ou des ascendants.

Et d'abord, au milieu des difficultés que soulève la matière, un premier point doit se dégager : c'est que les deux quotités des art. 913 et 1094 doivent se combiner ensemble et se fondre pour ainsi dire, et que, de cette réunion, le disposant peut faire sortir des libéralités et pour son épouse et pour des tiers, à la condition, toutefois, que chacun des bénéficiaires ne reçoive pas plus que ce qui est autorisé par la quotité qui lui est propre.

Par exemple, un époux ayant trois filles donne à son frère le quart disponible, pour le mettre mieux à même de soutenir le nom de la famille. Puis, voulant reconnaître les témoignages d'affection de sa femme, il lui lègue l'usufruit d'un quart. Par là se trouve épuisé le maximum des deux quotités disponibles combinées. Le père a emprunté à l'art. 913 le droit de donner le quart à son frère; il en a usé durement au préjudice de ses filles. Il a emprunté à l'art. 1094 le droit de donner un autre quart en usufruit à sa femme; ce sont encore les filles qui en souffrent. Mais, en droit, il n'importe : il a pu faire coïncider ces deux sortes de dispositions.

2591. Là-dessus, Grenier a émis une opinion singulière. Il a prétendu que pour que le disposant puisse attribuer à son épouse le quart en usufruit qui, d'après l'art. 1094, peut être donné en sus du quart disponible ordinaire, il faut qu'il ait commencé par lui donner ce quart disponible ordinaire. Le quart en usufruit est un accessoire inséparable du quart ordinaire; on ne peut les diviser, pour donner à un étranger le quart disponible et pour donner à l'époux le quart en usufruit.

L'art. 1094 a été fait pour le cas où la quotité ordinaire ne suffirait pas à l'esprit de libéralité dont un époux est animé envers l'autre. Pour qu'il soit applicable, il faut donc que la quotité ordinaire ait été épuisée au profit du conjoint, et que le donateur ne soit pas encore satisfait de sa générosité.

En un mot, la quotité fixée par l'art. 1094 est une et indivisible; il faut la donner comme cet article le veut, c'est-à-dire tout entière à l'époux seulement, ou bien se restreindre à la quotité portée par l'art. 913.

Le simple exposé de cette doctrine suffit pour la faire repousser. Aussi n'a-t-elle trouvé aucun appui dans la jurisprudence, et Grenier a fini par l'abandonner [1].

Il serait singulier, en effet, que celui qui peut

[1] N° 584, L. IV, p. 100 et 101, édit. de Bayle-Mouillard.

donner le plus ne fût pas le maître de donner le moins. L'époux ne perd pas, par son mariage, le droit de disposer de la partie libre de son patrimoine, ainsi qu'il le juge convenable. Le quart ordinaire ne saurait être enlevé au droit commun, et les réservataires n'ont aucune raison légale de se plaindre qu'il passe à un tiers, puisque le disposant n'a fait qu'user de son droit. Quant au quart en usufruit, est-ce qu'il est raisonnable de venir dire que parce que la femme n'a pas la totalité du disponible, elle ne doit pas profiter de la fraction qui a été ajoutée en sa faveur, et qui la dédommage au moins en partie?

2592. Il n'en saurait être autrement, lors même que ce serait par un seul testament, et non par des actes entre-vifs et successifs que le disposant aurait distribué ses libéralités.

A cela on objecte que, puisque le disposant n'est lié par aucune libéralité antérieure, il a dû commencer par satisfaire son affection ou sa reconnaissance pour son conjoint; mais que, s'il vient en même temps faire un avantage à un tiers étranger, c'est en réalité ce dernier qui profite de l'extension de la quotité contenue dans l'art. 1094.

Il est facile de répondre que, puisqu'il y a deux portions disponibles distinctes, le disposant a bien pu les distinguer. Or, ce qu'il a donné à l'étranger, il l'a pris sur le disponible ordinaire; ce qu'il a donné à son conjoint, il l'a pris sur le disponible conjugal, dans les limites de la loi. Chacun profite donc du disponible qui lui est assigné; chacun reste dans le cercle distinct qui lui appartient [1].

2593. La question peut cependant paraître plus délicate, au moins au premier coup d'œil, quand le réservataire est un ascendant. Il y a, en effet, dans l'art. 1094, des expressions qui, à défaut de bonnes raisons, pourraient faire supposer que l'usufruit de la réserve disponible en faveur de l'époux ne peut lui être donné qu'autant qu'il a reçu en même temps tout le disponible ordinaire. « Il pourra disposer en « faveur de l'autre époux, en propriété, de tout « ce dont il pourrait disposer en faveur d'un « étranger, et, en outre, de l'usufruit de la « totalité de la portion dont la loi prohibe la « disposition au préjudice des héritiers. » Ce sont ces mots « en outre » qui font la force de l'opinion qui veut que l'époux absorbe le disponible ordinaire pour pouvoir recueillir le disponible extraordinaire. On s'en prévaut pour soutenir que l'usufruit est un accessoire qui maoque de base, s'il ne vient s'ajouter au dis-

ponible ordinaire reconnu insuffisant pour satisfaire l'affection conjugale.

Mais nous ne sommes pas touché de cette argumentation, qui repose sur le sens apparent des mots, et non sur leur sens réel. Le législateur s'en est servi pour montrer qu'en effet le conjoint peut être avantagé au delà de la limite ordinaire. Mais ils n'ont pas la force de priver le disposant de la faculté créée en sa faveur par le droit commun de faire des libéralités à des étrangers.

C'est à au reste, ce qui a été jugé d'une manière précise par la cour de cassation, dans l'espèce que voici :

Un sieur Bonnemain avait donné par testament, à son épouse, la jouissance de son entière hérédité. Il avait institué, pour son héritière universelle, sa mère.

Il mourut laissant sa mère encore vivante.

Sur le partage, on soutint au nom de la mère : d'abord, que le défunt n'avait pas voulu léguer à sa femme l'usufruit de la réserve, et de plus, que, l'eût-il voulu, il n'en aurait pas eu le droit; car ce n'était qu'après avoir épuisé, en faveur de sa femme, toute la portion disponible du droit commun, qu'il aurait pu lui faire l'avantage exorbitant de l'usufruit de la part réservée aux ascendants.

La cour de Toulouse n'admit pas cette interprétation de l'art. 1094.

Sur le pourvoi en cassation, M. Delangle, alors avocat général, préta l'appui d'une vive argumentation à la thèse soutenue dans l'intérêt de l'ascendant. Il invoqua l'expression « en outre » employée par l'art. 1094, pour en tirer la preuve que l'usufruit enlevé aux ascendants devait s'ajouter à des dispositions déjà faites au profit de l'époux dans les limites ordinaires; que cet usufruit n'était qu'un supplément établi pour permettre à l'époux de compléter son œuvre et de dépasser les limites où son affection se trouvait à l'étroit. « C'est en faveur du mariage, c'est à cause de l'époux, c'est en raison « de sa position que le droit de l'ascendant a « été diminué. Et dès lors, n'est-il pas lo- « gique de conclure que si le testament appelle « un tiers à recueillir une partie des biens, le « cas prévu par la loi ne se rencontre pas; que « la réserve reprend toute sa force, l'art. 913 « toute son énergie, et que si l'ascendant est « contraint de s'humilier devant l'époux, ce « sacrifice ne lui est plus imposé envers un « étranger? »

Mais la chambre civile, contrairement à ces conclusions, a rejeté le pourvoi, par arrêt du 18 novembre 1840, « ... attendu que l'extension « de la faculté de disposer, donnée (par l'ar- « ticle 1094) à un époux en faveur de l'autre

[1] Argument de l'arrêt cité au n° 2388.

« époux, qui a pour objet de resserrer les liens
« de l'union conjugale, est toute personnelle à
« l'époux, et qu'aucun étranger ne peut en pro-
« fiter ;

« Attendu toutefois qu'on ne saurait induire
« de là que l'époux qui dispose, en faveur
« d'un étranger, de la quotité disponible déter-
« minée par l'art. 915, et de l'usufruit de la
« portion réservée aux ascendants en faveur de
« l'époux, fait profiter l'étranger de l'extension
« portée en faveur de l'époux par l'art. 1094,
« puisque l'étranger ne recueille que le dispo-
« nible de l'art. 915 ;

« Attendu qu'il ne résulte pas des termes
« dans lesquels est conçu l'article 1094, que
« l'époux ne puisse disposer en faveur de l'au-
« tre époux de l'usufruit de la portion réservée
« aux ascendants, qu'autant qu'il dispose en
« même temps, en sa faveur, de la quotité dis-
« ponible réglée par l'art. 915 ;

« Qu'il importe peu à l'ascendant que le dé-
« funt ait disposé en faveur de l'autre époux
« tant de la quotité disponible que de l'usufruit
« de la réserve, ou qu'il ait disposé en faveur de
« l'étranger de la quotité disponible, et en faveur
« de l'autre époux de l'usufruit de la réserve,
« puisque ces dispositions produisent à son
« égard les mêmes effets, et que, soit par l'une,
« soit par l'autre disposition, il se trouve privé
« de l'usufruit de la portion qui lui est résér-
« vée (1). »

Il me paraît évident que là est la vérité, et
que le système contraire prête à la loi des pen-
sées imaginaires et des dérogations inadmissi-
bles au droit commun.

2594. La même question s'était déjà présen-
tée dans une hypothèse plus frappante encore,
et avait reçu la même solution.

Un sieur Tardy, par son testament, insti-
tua son neveu héritier universel et légua à son
épouse l'usufruit du quart réservé à sa mère.

Sa mère lui survécut. On pouvait trouver
étonnant qu'il n'eût pas fait la même libéra-
lité qu'il destinait à sa femme plutôt au détri-
ment de son légataire universel et sur la quotité
disponible, qu'au détriment de son héritière à
réserve. On pouvait, plus que dans toute autre
hypothèse, regarder cette manière d'agir comme
une déviation des volontés du législateur.

Néanmoins la cour de Lyon valida toutes les
dispositions du testament, et la cour de cassa-
tion rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt,
parce que « on ne peut combattre avec des con-

« sidérations un texte de loi qui ne présente ni
« doute ni obscurité (2). »

2595. Tel est le point de droit ; il ne faut
s'en écarter que lorsqu'il résulte de la volonté
du testateur que l'usufruit légué à l'époux en
excédant du disponible ordinaire, ne doit pas
peser sur la réserve, mais qu'il doit porter sur
ce disponible et en diminution de son émolu-
ment.

Un sieur Troupel avait par son testament lé-
gué à sa femme une rente en denrées, payable
par son héritéité, et à son fils aîné le quart par
préciput de tous ses biens. Il mourut laissant
sept enfants.

La question était de savoir si la pension lé-
guée à la veuve devait être payée par le quart
légué par préciput au fils aîné jusqu'à due con-
currence, et en cas d'insuffisance, sur les reve-
nus de la réserve ; ou si, au contraire, cette
pension devait peser sur le quart de la réserve
dont l'usufruit était, aux termes de l'art. 1094,
disponible au profit de l'époux et subsidiairement
sur le quart légué à l'aîné des enfants.

Le 15 avril 1829 (3), jugement du tribunal
de Villeneuve qui ordonna que la pension serait
payée sur les revenus du quart préciputaire,
d'après l'intention du testateur. Il est vrai que
ce jugement ajoute une thèse de droit d'après
laquelle il semblerait qu'en principe l'usufruit
supplémentaire doit s'imputer sur le disponible
ordinaire.

La cour d'Agen, par arrêt confirmatif du
16 juin 1831, est entrée dans cette voie, qui
n'est rien moins que légale, puisque, en ce qui
concerne cet usufruit, la réserve ordinaire cesse
d'être réservée. Mais ce qui sauve tout, c'est que
la cour place particulièrement sa décision sous
la protection de la volonté du disposant : « At-
« tendu que d'ailleurs il résultait des termes du
« testament, que telle avait été l'intention du
« testateur. »

2596. Maintenant qu'il est constant qu'en
principe les deux quotités doivent se combiner
et que l'article 1094 ne paralyse pas l'art. 915,
il faut voir de plus près comment ces deux quo-
tités se marient l'une à l'autre, et dans quel
ordre elles profitent aux bénéficiaires. On ren-
contre ici des complications délicates. Pour les
aplanir, il faut distinguer trois cas :

1° La donation faite à l'époux est postérieure
à la donation faite à l'étranger.

2° La donation faite à l'époux précède.

3° L'une et l'autre donations concourent dans

[1] Devill., 41, 1, 90. Dalloz, 41, 1, 49.

[2] Arrêt du 3 janvier 1826 (Devill., 8, 4, 252. *Journal du Palais*, t. XX, p. 4).

[3] Devill., 31, 2, 321. *Journal du Palais*, t. XXXI,
p. 1698.

le même acte ou produisent leur effet dans le même temps.

2597. Pour éclairer le premier cas, supposons que Titius, ayant trois enfants, donne à l'un par contrat de mariage le quart disponible de sa fortune, et qu'ensuite il fasse un testament dans lequel il donne à sa femme un quart en propriété et un quart en usufruit. Par ce qui précède, on a déjà pressenti la solution.

La donation du quart disponible, étant irrévocable, empêchera que le legs fait à l'épouse ne puisse sortir son entier effet. Mais cette dernière disposition ne sera pas inutile pour le tout; car la loi favorise la femme d'une manière plus étendue que l'étranger; elle permet de lui donner non-seulement le quart en pleine propriété, mais encore le quart en usufruit. Or, s'il faut retrancher de la disposition le quart en toute propriété qui a été déjà donné entre-vifs à l'un des enfants, rien n'empêche que le legs ne subsiste pour le quart en usufruit.

On se règle ici sur la quotité disponible la plus forte. On ajoute au droit commun consacré par l'art. 913, le droit personnel et exceptionnel consacré par l'art. 1094.

La raison en est qu'il s'agit de fixer le sort d'une disposition faite au profit de l'épouse, et que c'est l'art. 1094 seul qui est applicable à ce cas privilégié [1].

2598. Que si, par exemple, le défunt qui laisse trois enfants avait donné un tiers ou l'équivalent du tiers de ses biens à un étranger, puis ensuite avait fait une libéralité en usufruit à son conjoint, il faudrait réduire la donation de l'étranger au quart du patrimoine, et exécuter le don fait au conjoint jusqu'à concurrence d'un quart en usufruit. Nous avons prouvé précédemment que lorsqu'il y a deux quotités disponibles, la réduction qu'on ferait subir au donataire de la première pour le restreindre aux limites de ce qu'il pouvait recevoir, n'empêche pas le donataire postérieur de la seconde, en faveur de qui la quotité disponible est étendue par la loi, de prendre dans cette seconde quotité ce dont la loi lui permet de bénéficier [2].

2599. Venons à notre deuxième hypothèse. Il faut supposer que la donation faite au conjoint est entre-vifs et même par contrat de mariage, c'est-à-dire irrévocable, et qu'elle est antérieure à la disposition faite au profit de l'étranger.

Titius donne à Livia sa femme, par contrat

de mariage, le quart des biens qu'il laissera à son décès en pleine propriété, et il meurt, laissant trois enfants et un testament par lequel il donne à Calus l'aîné la portion disponible.

Calus consent à ce que son legs éprouve une réduction; mais il soutient qu'il n'est pas inutile pour le tout et qu'il doit comprendre au moins un quart en usufruit. Car la quotité disponible la plus forte d'après l'art. 1094 est un quart en pleine propriété et un quart en usufruit. Titius n'a disposé que d'un quart en pleine propriété; il restait encore de libre, dans ses mains, l'autre quart en usufruit. Titius pouvait donc donner ce quart à Calus, de même qu'il aurait pu le donner à son épouse.

Plusieurs auteurs ont autorisé cette prétention. « Les dispositions, dit Zacharie, faites par « l'un des époux soit au profit de son conjoint « soit au profit d'autres personnes, doivent être « maintenues tant dans l'intérêt de ces dernières que dans celui du premier, toutes les « fois que l'ensemble de ces dispositions ne dépasse pas le disponible exceptionnel et que « celles de ces dispositions qui ont été faites au « profit de tiers n'excèdent pas le disponible « ordinaire [3]. »

Mais il n'est pas possible d'admettre un tel système. Sans doute la portion déterminée par l'art. 1094 permettait au père la disposition du quart en pleine propriété et du quart en usufruit; sans doute, au lieu de se borner à donner à sa femme un quart en pleine propriété, il aurait pu y ajouter un quart en usufruit; mais il s'en est abstenu, et ce quart en usufruit, qui n'était disponible qu'en faveur de sa femme, il n'a pu le donner à d'autres. C'est un privilège personnel qui ne peut être communiqué à qui que ce soit, sans violer la lettre et l'esprit de l'art. 1094. Calus ne peut donc avoir aucune prétention fondée sur ce quart. Il ne peut puiser ses droits que dans l'art. 913; or cet article ne permet au père de famille de disposer, en faveur d'un ou plusieurs de ses enfants ou d'un étranger, que d'un quart en pleine propriété, lorsqu'il laisse trois enfants; et comme ce quart a déjà été donné entre-vifs et irrévocablement à l'épouse, par une disposition qui, bien que puisée dans l'art. 1094, réfléchit sur le droit établi par l'art. 913 et l'absorbe dans son entier, il s'ensuit que le legs fait en faveur de Calus est caduc pour le tout. Le père de famille avait épuisé, par son contrat de mariage, la portion disponible à

[1] Toullier, t. V, n° 871. Duranton, t. IX, n° 764. Delvincourt, t. II, p. 231. A. Dallon, *vo Portion disponible*, n° 269 et suiv. Proudhon, t. I, n° 360. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. IV, p. 117, 3°. Zacharie, 689, t. V, p. 209, note 15. Junge argument des arrêts rap-

portés *supra*, n° 2593 et 2594.

[2] Voy. *supra*, n° 2586 et suiv.

[3] Zacharie, § 689, t. V, p. 309. Toullier, t. V, n° 871 *bis*. Dallon, *vo Disp. entre-vifs et test.*, t. VI, p. 268, n° 8. Delvincourt, t. II, p. 231.

l'égard de ses enfants (art. 925 du Code Nap.). Admettre les enfants à prendre, à la suite de l'épouse, la quotité disponible supplémentaire fixée par l'art. 1094, c'est faire participer ces mêmes enfants à ce que la loi ne donne qu'à l'épouse.

On objecte que les enfants non avantagés ne pourraient se plaindre d'un tel arrangement, puisqu'il leur importe peu que le père ait donné à un de ses fils ce qu'il pouvait donner à sa femme. Ils ne sont pas lésés, dit-on, par la manière dont le disponible est distribué, pourvu que la quotité la plus forte ne soit pas excédée et que chacun des bénéficiaires en particulier ne reçoive pas plus que la loi ne le permet. Tout à l'heure on établissait très-bien [1] que si la libéralité faite au tiers est la première en date, le conjoint peut recevoir ensuite tout le complément de la quotité de l'art. 1094. Pourquoi en serait-il autrement dans l'espèce actuelle? Est-ce l'ordre dans lequel des dispositions sont faites qui doit décider de l'étendue du disponible?

Nous répondons : l'ordre des dates est de grande considération quand il sert à préciser les faits et le droit qui s'y attache. Dans combien de cas le droit ne dépend-il pas de la date? N'est-ce pas une règle triviale en jurisprudence que *potior tempore, potior jure*? Il ne faut donc pas mépriser l'argument qui se tire de l'ordre chronologique des dispositions.

Or, qu'a fait le père par sa première disposition? Il a épuisé le disponible de l'art. 913, en même temps qu'il a usé de l'art. 1094. Il est vrai que, quoiqu'il le pût, il n'a pas tiré de l'art. 1094 tout ce qu'il en pouvait tirer. Il a fait comme si l'art. 1094 ne lui permettait pas plus que l'art. 913; et en effet, dans sa pensée, il n'avait pas besoin de l'extension de l'art. 1094 puisqu'il ne voulait donner à son épouse que le quart disponible ordinaire. Il n'en est pas moins vrai que ce quart disponible n'existe plus. Il a reçu une destination définitive. Par le même acte le disposant l'a épuisé; en le donnant à sa femme en vertu de l'art. 1094, il s'est virtuellement interdit de le donner à ses enfants en vertu de l'art. 913.

Plus tard, il se ravise; il veut étendre ses dispositions. Sans doute, il le peut si c'est en faveur de sa femme que son cœur élève la voix; il peut lui donner encore un quart en usufruit. Mais point du tout : à ce second moment, il ne veut pas plus étendre son bienfait pour elle qu'il ne l'a voulu dans l'origine. C'est pour son enfant qu'il veut disposer de ce quart en usufruit qui

n'est disponible qu'en faveur de sa femme. Comment le pourrait-il? Est-ce que c'est en faveur de l'enfant que cette extension de la quotité disponible a été établie? Est-ce qu'il n'entame pas la réserve de ses autres enfants par la communication d'un privilège que sanctionne seule la tendresse conjugale?

On voit par là quel jour l'ordre des dates jette sur les actes et sur leur qualification. C'est à la lecture des dates qu'on aperçoit ce détour du disposant qui transfère à des tiers un privilège qu'il n'a pas le droit de leur transférer. Non, répétons-le, il n'a pas le droit de faire cette transmission; car lorsque la loi concède une faveur, il faut en user de la manière voulue par elle; l'étendre, c'est la corrompre; la communiquer à d'autres, c'est léser les droits d'autrui.

Enfin, il est une dernière observation. De quoi s'agit-il ici? D'une libéralité en usufruit faite à un enfant. Il importe beaucoup au nu propriétaire que le droit d'usufruit soit placé sur la tête de la personne légale plutôt que sur celle d'une personne qui n'y a pas droit. La loi a permis de prendre un quart en usufruit sur la réserve pour en gratifier le conjoint survivant, c'est-à-dire quelqu'un qui a une génération de plus d'existence que les enfants réservataires. Si vous démembrez de la réserve l'usufruit d'un quart pour l'attribuer à l'un des enfants, vous constituez un droit beaucoup plus durable, puisque la tête est beaucoup plus jeune. Vous causez donc à la réserve un préjudice plus considérable que celui prévu par le législateur. De plus, un droit d'usufruit fournit un revenu, un moyen d'existence. Il a un caractère souvent alimentaire. Donné à l'époux, il dispense les réservataires de fournir des aliments à celui à qui ils en doivent quand il se trouve dans le besoin. Ceux-ci trouvent dans l'affranchissement de la dette alimentaire une compensation à la diminution de leur réserve. Si au contraire vous donnez cette même quote d'usufruit à un tiers ou à un enfant, les réservataires n'ont plus la même raison pour supporter cette charge. Vous troublez l'économie des dispositions de la loi [2].

2600. Cette première espèce expliquée, il faut nous acheminer vers une seconde qui s'en distingue par quelques nuances et qui a été le sujet d'interminables dissertations dans lesquelles les auteurs se sont escrimés, mais dont on commence à ne plus tenir grand compte dans les tribunaux.

Supposons que Titius donne à Livia, sa femme,

[1] N° 2397.

[2] *Junge Benesch, De la quotité disp.*, p. 260 et suiv. Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, n° 558, Marcadé sur l'ar-

ticle 1100, 557, 558. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. IV, p. 123.

par contrat de mariage, non plus un quart en pleine propriété, mais l'usufruit de la moitié des biens qu'il laissera à son décès. Il meurt ayant trois enfants. Par testament, il a légué à Caius l'aîné sa portion disponible.

Caius prétend à un quart en nue propriété. Les autres enfants soutiennent que moitié en usufruit équivalait à un quart en propriété, que la quotité disponible ordinaire est épuisée, que le legs fait à l'un des enfants est caduc.

Cette question est d'un intérêt usuel, à cause des nombreux contrats de mariage dans lesquels les époux se font un don en usufruit sous condition de survie. Elle s'est souvent présentée, et les arrêts de la cour de cassation dont elle a été l'objet ont heureusement fixé les idées et dissipé l'obscurité des controverses.

Avant tout, faisons ressortir la différence qui existe entre notre espèce et celle qui précède.

En premier lieu, nous trouvons ici un don d'usufruit dont la valeur n'est pas fixe par lui-même et varie suivant l'âge de la personne. Pour équilibrer ce don avec ceux qui le suivent, il faut l'estimer, ce qui n'a pas besoin d'être fait dans le cas précédent. En général, on tient que l'usufruit vaut la moitié de la propriété. L'usufruit d'un tout est évalué, sauf les circonstances particulières, à la moitié en propriété; l'usufruit de la moitié est estimé au quart. La jurisprudence est féconde en arrêts qui ont adopté cette base. On la trouve partout [1], et les décisions qui vont suivre lui donnent une nouvelle autorité [2].

En second lieu, on se rappelle que le quart en usufruit portant sur la réserve reposait tout à l'heure sur la tête d'un autre que l'époux survivant, et nous avons vu que les réservataires en éprouvaient un préjudice. Dans l'espèce actuelle, c'est l'époux survivant qui est appelé à jouir du quart prélevé sur la réserve conformément au vœu du législateur.

Mais cette nuance n'offre aucune importance, et notre solution ne doit pas varier.

La raison en est simple.

Qu'a fait le disposant? Du même coup il a épuisé le disponible conjugal et le disponible ordinaire. D'une part, il donnait à son conjoint l'usufruit de la moitié, c'est-à-dire, qu'il lui a donné l'un des deux *maximum* établis par l'article 1094. D'autre part, comme cet usufruit

équivalait en général au quart en propriété, il a consommé le pouvoir qu'il tenait du droit commun pour avantager un étranger. Car un père de trois enfants n'a de liberté que jusqu'à concurrence du quart de ses biens. Ici ce quart (ou l'équivalent) a été donné au conjoint. Donc le legs fait à l'enfant tombe dans le vif; il ne peut saisir rien de libre dans le patrimoine du défunt. C'est absolument la même situation que dans l'espèce précédente.

2601. Quelque évidente que soit cette conclusion, elle a trouvé des objections dans un certain nombre d'esprits. Ils se sont souvenus que sous l'ancien droit, le douaire et autres gains de survie analogues, tant en pays de coutume qu'en pays de droit écrit, n'étaient pas réducibles pour fournir les légitimes [3]; car ces gains de survie étaient considérés comme une dette contractée en faveur de la femme par le mari, qui est obligé d'assurer sa subsistance en cas qu'elle lui survive [4]. De là, ils ont été conduits à penser que les dons d'usufruit faits par contrat de mariage, sous le Code Napoléon, doivent se rapprocher autant que possible de cette jurisprudence; qu'ils sont plus favorables que les réserves, et qu'il ne faut pas trop s'effrayer s'ils diminuent la légitime des enfants; que pour les rendre plus fréquents dans le mariage, il faut les concilier dans la mesure de la quotité disponible la plus large, avec le droit de disposer, si précieux pour le père de famille [5].

Puis, ils ont dit: Pourquoi convertir le don d'usufruit en propriété? Pourquoi ne pas l'accepter tel qu'il a été fait? Il ne peut y avoir d'utilité à évaluer l'usufruit en propriété, que lorsque la donation en usufruit excède la quotité disponible; mais quand le donateur donne un usufruit qui ne dépasse pas celui que la loi lui permet de donner, il ne faut pas dénaturer la disposition. On a vu, par l'art. 917, la répugnance du législateur à se jeter dans les estimations d'usufruit [6].

Ceci posé, continue-t-on, il est un moyen bien simple de tout concilier. La moitié en usufruit est disponible en faveur de l'époux. De cette moitié, qu'on fasse porter un quart sur le disponible ordinaire et l'autre quart sur la réserve [7]. Par là, le disposant se sera réservé un quart en nue propriété sur le disponible, pour en disposer ensuite au gré de ses affections.

[1] Devill., 5, 2, 90. Conclusions du procureur général près la cour de Toulouse.

[2] *Infra*, n° 2604.

[3] Pothier, *Du douaire*; il cite un arrêt du parlement de Paris du 27 mars 1629. Bouber d'Argis, *Gains de survie*, ch. 18. — Merlin, *Repet.*, v° *Légitime*, sect. 8, § 2, art. 1, quest. 1 et quest. 6 et 7.

[4] Pothier, *loc. cit.*

[5] Beauch., p. 48 et suiv.

[6] Voyez un jugement du tribunal de Lectoure du 7 juin 1830, mis au néant par arrêt de la cour d'Agen du 7 janvier 1832. (Voy. *infra*, p. 442, note 4, les arrêts rapportés sur la question.)

[7] Jugement précité du tribunal de Lectoure.

Pourquoi s'étonnerait-on de ce résultat? On consent à laisser le père cumuler les deux disponibles, de manière à atteindre le chiffre le plus élevé, quand la libéralité faite à l'enfant ou à un étranger précède celle faite à l'époux. Qui empêche qu'il n'en soit de même quand celle-ci est antérieure à celle-là? Et, revenant alors à l'objection tirée de l'insignifiance des dates, on demande s'il faut faire dépendre des restrictions aussi graves à la faculté de disposer, d'une date sans valeur? Est-ce que l'affection du père ne réunit pas dans un même sentiment ce que le hasard a séparé [1]?

Et puis, s'il est vrai que, dans l'intérêt des mariages, il faille favoriser les libéralités entre époux, il faut, dans l'intérêt de la puissance paternelle, ne pas priver le père de disposer en faveur de ses enfants. Quand un homme, en se mariant, se borne à donner à son épouse un simple usufruit pour gain de survie, c'est qu'il s'est implicitement réservé le droit de disposer d'une portion de la propriété quand il sera devenu père. Si on lui enlève ce droit, on dégoûtera des donations portant gain de survie; on les environnera d'inconvénients qui empêcheront l'usage de dispositions aussi utiles au bien de la famille et à l'honneur du mariage.

Toutes ces raisons et ces considérations ne nous semblent pas de nature à faire impression, et il ne faut pas s'étonner si elles ont échoué dans la jurisprudence qui devient de jour en jour plus dominante dans les tribunaux.

2602. Et d'abord, l'affection conjugale étant antérieure à l'affection paternelle, il ne faut pas érauler ceux qui contractent mariage sacrifiant le soin de leur avenir à cause des gênes qu'ils pourront éprouver plus tard pour gratifier des enfants qui ne sont pas encore nés. Dans l'ordre de la nature, les futurs accordent au mariage les avantages pécuniaires auxquels il a droit pour l'intérêt de la famille et de l'État. Ils se déterminent par les sentiments du moment, par les convenances réciproques, et par les influences de la position sociale. C'est par ces avantages que les époux ont pu contracter une meilleure et plus honorable alliance et fonder un établissement plus considérable et plus digne. Y a-t-il lieu de s'en plaindre au nom des enfants? Au contraire, ils doivent rendre grâce à ces pactes matrimoniaux qui ont favorisé l'union d'où ils sont sortis, et à l'ombre de laquelle ils ont le bonheur de vivre. Si l'affection paternelle trouve dans les libéralités conjugales un obstacle à son exercice envers ceux qui en sont issus, il

ne peut y avoir de dommage pour ces derniers, qui recueilleront dans la succession de leurs auteurs ce dont ils sont privés. Il est vrai que le père a diminué son pouvoir coercitif et qu'il lui est plus difficile de récompenser et de punir : ce sera à lui à veiller de plus près sur le moral de ses enfants pour obtenir par l'éducation ce qu'il est toujours pénible d'obtenir par la contrainte ou la menace. Il est certain d'ailleurs que la plupart de ceux qui donnent à un enfant le quart disponible, à l'exclusion des autres, obéissent moins à des nécessités d'intimidation et de correction qu'à des préférences agnatiques, au désir de favoriser un fils plus qu'une fille, au préjugé qui place l'ainé au-dessus du cadet. Je ne vois donc pas un mal immense dans une situation qui maintient l'égalité entre enfants et rend plus difficile l'exercice du pouvoir qui permet de la briser. Les faiseurs d'ainés et les contempteurs des filles peuvent s'en plaindre. Nous nous en affligeons moins, en considérant que ce qui a été enlevé aux rigueurs paternelles a été donné à l'affection conjugale.

On argumente de la faveur donnée par l'ancienne jurisprudence aux douaires et autres gains analogues. Mais le Code Napoléon n'a-t-il pas établi là-dessus un droit tout nouveau? Par quelle aberration s'applique-t-on à interpréter la loi nouvelle par l'esprit d'une législation abrogée en connaissance de cause? Où a-t-on vu que le Code Napoléon considérât les donations par contrat de mariage comme une dette véritable? Qui ne voit en elles des libéralités? Et comment dès lors pourraient-elles avoir préférence sur la légitime? Qui oserait enseigner sous le Code que les donations par contrat de mariage ne sont pas réductibles pour former la réserve?

2603. Quant aux motifs tirés du fond du droit, nous ferons remarquer que cette conversion de l'usufruit dont on s'effraye n'est que fictive. Elle ne vient pas changer la nature du don; elle ne fait qu'en rechercher l'étendue; elle est un moyen de savoir si la quotité disponible a été ou non dépassée; c'est un simple calcul et non une transformation.

Ce calcul gêne et embarrasse le légataire, parce qu'il permet de mettre le doigt sur le côté faible de sa prétention; voilà pourquoi il s'efforce de le reponsser. Mais la vérité veut qu'on y regarde d'aussi près que possible, et le calcul en question est le seul moyen de savoir exactement ce qui est libre et ce qui ne l'est pas. Il faut donc en passer par ses résultats.

On aimerait mieux le commode arbitraire au moyen duquel on morcelle la disposition, afin d'en porter une fraction sur le disponible ordinaire et une autre portion sur le disponible conjugal; moyennant quoi on trouve pour le

[1] Devill., *Observat.*, 7, 1, 363. Grenoble, 13 décembre 1845 (Devill., 44, 2, 100. *Journal du Palais*, 44, 1, 705. Dalloz, 44, 2, 93).

légataire un quart en nue propriété. Mais ce fractionnement est en contradiction avec l'intention du disposant et avec toutes les présomptions et vraisemblances. Quoi! le disposant a donné par contrat de mariage la moitié de ses biens en usufruit, et l'on voudra que ce ne soit pas là l'usage de la faculté établie par l'article 1094!! On ira faire une imputation partielle sur le disponible ordinaire auquel le disposant n'a pas songé, plutôt que d'imputer la libéralité tout entière sur le disponible de l'article 1094 auquel elle s'adapte si naturellement!

Cela ne veut pas dire que le disponible de l'article 913 demeurera libre entre les mains du disposant; il est épuisé par l'usage de l'article 1094, qu'il faut combiner avec l'article 913; car on sait que les deux disponibles doivent se concilier. Il n'y aurait lieu à un emploi du disponible ordinaire qu'autant que la donation matrimoniale serait restée au-dessous du quart. Ici, au contraire, elle l'absorbe. Que restait-il donc pour les prétendants au quart disponible?

Quant à l'ordre des dates si vivement critiqué par les adversaires, nous ne répéterons pas ce que nous avons dit ci-dessus [1]. Il classe les libéralités; ils les échelonne; il aide à distinguer ce qui a été employé de ce qui reste libre, et comme il porte la clarté là où on voudrait de la confusion, on jette les hauts cris sur le matérialisme de ce moyen. Nous nous y tenons cependant, parce qu'il met la précision à la place d'un vague capricieux.

Il est donc clair que le quart de la nue propriété qu'on voudrait donner au légataire ne lui appartient pas. On ne peut le lui attribuer qu'en se servant du droit du conjoint.

2604. Il y a du reste peu de questions sur lesquelles la jurisprudence de la cour de cassation ait eu plus de constance et d'uniformité, et cette jurisprudence a été le rempart contre lequel sont venues sans cesse se briser les idées que nous combattons [2]. Quelques cours se sont pourtant laissées surprendre [3]. Mais elles reviennent peu à peu [4] et nous n'hésitons pas à croire à la fin non éloignée d'un débat qui ne doit son existence qu'à des préjugés incompatibles avec les bases fondamentales du Code Napoléon.

2605. Parmi les espèces sur lesquelles ont été rendus les arrêts que nous avons cités, il y en a un certain nombre dont les faits remontent à une date antérieure à la promulgation du Code. Les contrats de mariage contenant donation entre époux avaient été passés sous l'empire des lois de l'an II ou de l'an VIII. Toutefois la donation ou le legs postérieurs; dont la validité était en question, avaient été faits, et le décès du disposant était toujours arrivé sous le Code. Mais la circonstance que le contrat de mariage était antérieur au Code est indifférente et ne saurait modifier la solution. En effet, la question de l'étendue de la quotité disponible pour les dons ou legs faits depuis la promulgation du Code, et de leur coexistence avec l'usufruit

[1] N° 2399.

[2] Req., 7 janvier 1824 (Devill., 7, 1, 363). Req., 21 mars 1837 (Devill., 37, 1, 275). Cassat., 24 juillet 1839 (Devill., 39, 1, 633), et dans la même affaire, Req., 22 novembre 1843 (Devill., 44, 1, 70). Cassat., 24 août 1846 (Devill., 47, 1, 39; *Journal du Palais*, 47, 1, 32) portant cassat. d'un arrêt de Lyon du 16 mars 1842. Cassat., 27 décembre 1848, deux arrêts le même jour (Devill., 49, 1, 80). Cassat., 7 mars 1849, deux arrêts le même jour (Devill., 49, 1, 358 et 339). Second pourvoi dans une de ces deux affaires, rejeté le 11 janvier 1855, req. (Devill., 55, 1, 728). Cassat., 2 août 1855 (Devill., 55, 1, 728). *Junge* Limoges, 26 mars 1855 (Devill., 55, 2, 278). Besançon, 7 février 1840, sur le renvoi prononcé par l'arrêt de cassat. du 24 juillet 1839, précité (Devill., 40, 2, 105). Douai, 24 février 1840 (Devill., 40, 2, 270). Orléans, 28 décembre 1849, sur le renvoi prononcé par l'arrêt de cassat. du 7 mars 1849, précité (Devill., 50, 2, 199). Aix, 25 mai 1851, sur le renvoi prononcé par l'arrêt de cassat. du 27 déc. 1848 (Devill., 51, 2, 703).

Quant aux auteurs, voyez dans le sens de la cour de cassation Daranton, t. IX, n° 796, 3^e édit. Coin-Delisle sur l'art. 1094, n° 16. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. IV, 148; et en sens contraire, Toillier, t. V, n° 870 et suiv. Beuché, *ibid.*, p. 320 et suiv. Valette, *Journal de Droit*, 11 mars 1846. Maréchal sur l'art. 1100, n° 2. Devilleneuve, *ibid.*, 7, 1, 363. Pont, *Revue de législat.*, fév. 1844. Molinier, *Revue étrangère*, t. IX, 1842, p. 1 et suiv.

[3] Lyon, 10 fév. 1836, cassé par arrêt du 24 juillet 1839, précité (Devill., 36, 2, 177). Lyon, 16 mars 1842, cassé par arrêt du 24 août 1846, précité (Devill., 47, 1, 39). Grenoble, 13 décembre 1843 (Devill., 44, 2, 100). Grenoble, 15 juillet 1845, cassé par arrêt du 27 déc. 1848, précité (Devill., 46, 2, 449; *Journal du Palais*, 46, 2, 644).

[4] Le cour de Paris rend, le 16 nov. 1846, un arrêt qui a été cassé le 7 mars 1848, précité (Devill., 46, 2, 649), et le 8 janvier 1848, un second arrêt, cassé le 7 mars 1849, précité (Devill., 49, 1, 338); mais elle se range à l'opinion de la cour de cassation par arrêts du 12 janvier 1848 (Devill., 48, 2, 79), et du 47 fév. 1848 (Devill., 48, 2, 82).

La cour de Toulouse, par arrêts des 13 août 1844 (Devill., 45, 2, 38), 24 juin 1852 (Devill., 52, 2, 496), et 15 février 1846 (Devill., 46, 2, 115; *Journal du Palais*, 46, 2, 643) avait lutté contre la jurisprudence de la cour de cassation; elle finit par l'adopter le 25 nov. 1852 (Devill., p. 2, 705).

La cour d'Agen avait aussi résisté dans des arrêts des 14 déc. 1846 (Devill., 47, 2, 113), 30 juillet 1851 (Devill., 2, 218); mais elle s'est ralliée le 7 janvier 1852 (Devill., 53, 2, 219) et a persévéré dans son retour le 10 juillet 1854 (Devill., 54, 2, 448).

Nous ne commissions que la cour de Riom qui, après avoir bien débattu (arrêt du 6 mai 1846, Devill., 46, 2, 397), a fini par se réformer en fin par arrêt du 21 mai 1853 (Devill., 53, 2, 393).

donné à l'époux, tombe sous le coup de ce même Code et doit se trancher par ses dispositions (1).

3606. Abordons maintenant le troisième cas qui a lieu lorsque les libéralités faites à un époux et à des tiers sont contenues dans le même acte, ou tout au moins prennent existence à la même époque.

Supposons qu'un même testament contienne des legs à des tiers et à l'époux du disposant, et que le testateur meure laissant trois enfants. Est-ce dans les limites de l'article 913 ou dans les limites de l'article 1094 que les libéralités devront être renfermées? Y a-t-il à considérer l'ordre dans lequel les legs ont été écrits dans le testament?

L'hypothèse la plus simple est celle où, les legs étant faits dans le même testament, c'est le legs fait à un tiers ou à un enfant qui précède le legs fait à l'époux. Les dispositions seront valables jusqu'à concurrence de la quotité disponible la plus forte, celle de l'article 1094, pourvu que le tiers ou l'enfant ne reçoive pas plus que la quotité fixée par l'article 913, et pourvu que le quart en usufruit qui se prend sur la réserve repose sur la tête de l'époux survivant.

Ce point va devenir encore plus clair par l'arrêt de cassation que voici et sur lequel, du reste, tout le monde paraît d'accord :

Par testament du 24 septembre 1835, Lebraly légua à son fils Victor le quart de tous ses biens par préciput et hors part. Puis, par une autre disposition, il légua à sa femme l'usufruit d'un autre quart de ses biens.

Il décéda le 25 du même mois, laissant sa veuve et quatre enfants.

Les enfants non avantagés ont prétendu que les libéralités devaient être réduites à la quotité disponible fixée par l'article 913; mais cette prétention n'était pas soutenable, et elle échoua successivement devant le tribunal et la cour de Riom. En effet, si d'après l'article 913, la quotité disponible est fixée au quart, le droit du père de famille reçoit plus de latitude par l'article 1094. Or ici le père avait gratifié son fils dans les termes de l'article 913. Mais il lui res-

taît en faveur de son conjoint l'article 1094, et il l'aurait pu y avoir lieu à réduction, qu'autant que les deux libéralités réunies auraient excédé la quotité disponible la plus forte, c'est-à-dire celle fixée par l'article 1094. C'est sur ces raisons qu'est fondé le rejet du pourvoi formé par les héritiers non avantagés (2).

On peut citer dans le même sens un arrêt de la même cour du 25 août 1847 (3) dans l'espèce duquel l'application du même principe se présentait. Nous croyons inutile de nous y arrêter plus longtemps.

3607. La seconde combinaison qui peut se présenter est celle où le legs fait à un enfant ou à un tiers suit, dans le même testament, le legs fait à l'époux au lieu de le précéder.

La circonstance que le legs fait à l'époux est le premier inscrit, doit-elle nous faire décider qu'il doit s'imputer sur la quotité disponible ordinaire, et que, s'il l'épuise, aucun legs postérieur n'est valable? Nullement. Le testament est un tout dont les parties doivent se coordonner; c'est l'œuvre d'une volonté qui se manifeste successivement, mais qui a conçu un ensemble dont toutes les parties sont également favorables et doivent se lier dans le résultat. Le testateur a eu sous les yeux les personnes qu'il a appelées à recueillir ses bienfaits. A-t-il voulu sacrifier les uns aux autres, et rendre les dernières victimes de la place qu'elles occupent dans son écriture? N'est-il pas clair, au contraire, qu'il a entendu les faire profiter toutes de sa volonté bienfaisante? Et comment pourrait-on briser sans injustice ce faisceau formé par ses affections (4)?

Ici encore se présente l'autorité de la cour de cassation.

Par testament du 2 mai 1838, Ferret légua à sa femme une rente viagère de 800 fr., de plus, 600 fr. de valeurs mobilières; ensuite, il légua à François Ferret, l'un de ses enfants, le quart en préciput de ses immeubles. Enfin, il fit le partage de ses autres biens entre le nommé François Ferret et les deux sœurs de ce dernier.

[1] Voy. notamment : Limoges, 26 mars 1833 (Devill., 33, 2, 278). Toulouse, 13 août 1844 (Devill., 45, 2, 3). Riom, 21 mai 1853 (Devill., 55, 2, 591).

La cour d'Agen a statué sur une espèce encore plus ancienne par arrêt du 30 août 1831 (*) : le contrat de mariage qui contenait une donation entre les futurs époux était du 17 janvier 1778. Cette donation était, au profit de l'époux survivant, de l'usufruit de tous les biens que le prémourant laisserait à son décès. Aux termes des lois romaines, qui régissaient les parties domiciliées dans une province de droit écrit, la donation fut réduite, par la survenance de quatre enfants, aux

(*) Devill., 32, 2, 148.

deux tiers des biens en usufruit. Cette libéralité convertie par la cour en une valeur d'un tiers en pleine propriété, absorbait ainsi la quotité disponible ordinaire qui était d'un quart en pleine propriété, conformément à l'art. 913 applicable à la succession maternelle ouverte sous l'empire du Code Napoléon.

[2] Cassat., 9 novembre 1846 (Devill., 46, 1, 801).

[3] Devill., 47, 1, 840.

[4] *Junge* Toullier, t. V, n° 870. Duranton, t. IX, n° 794 et suiv. Proudhon, t. I, n° 352. Zacharie, § 689, t. V, p. 209. L^e. Pont, *Revue de législation*, t. XIX, p. 260. Buech, p. 188, 244.

Après la mort de leur père, ces dernières ont prétendu que Ferret, ayant fait à sa femme un avantage, n'avait pu ensuite donner à son fils qu'en dépassant la portion disponible.

Elles disaient : Par sa première libéralité, notre père a épuisé la quotité disponible ordinaire. Cela fait, il ne pouvait pas faire profiter son fils de la quotité disponible la plus étendue, autorisée seulement en faveur du conjoint. La première disposition empêchait la seconde.

A quoi l'on répondait [1] :

Que la condition de date soit déterminante lorsque les dispositions sont faites par des actes séparés, on est obligé de l'admettre, par la force des choses, et avec la jurisprudence [2]; mais, quand les deux libéralités sont écrites dans le même acte, *eodem tempore, eodem contextu*, faudra-t-il rechercher minutieusement laquelle des deux libéralités est sortie la première de la bouche ou de la plume du disposant? Faudra-t-il que quelques minutes ou quelques lignes d'intervalle suffisent pour déterminer le sort des libéralités? La quotité la plus étendue sera-t-elle ou non disponible, selon que l'on aura commencé, dans l'acte, par nommer le conjoint ou l'enfant? Tout dépendra-t-il d'une circonstance involontaire ou d'une position dont peu de gens comprendront l'importance? Un grand principe de droit et ses larges conséquences resteront-ils ainsi à la merci d'un capricieux arrangement de syllabes et de l'accident le plus vulgaire? Évidemment non. Les deux legs se trouvent dans le même acte, cumulativement, procédant d'une pensée identique.

Ces raisons parurent convaincantes à la cour de Dijon. Par arrêt du 1^{er} juillet 1846, elle ordonna que les deux legs seraient cumulés, le testateur étant censé avoir voulu user de la quotité disponible la plus élevée que la loi mettait à sa disposition.

Et, sur le pourvoi, la requête fut rejetée par arrêt du 20 décembre 1847 [3]. Entre autres raisons habilement déduites par cet arrêt, digne d'être remarqué, la cour insiste sur ce qu'étant établis dans le même testament, les deux legs doivent être considérés comme faits simultanément et avec l'intention, de la part du disposant, de leur accorder une égale faveur [4].

2608. La question est plus délicate si les legs ont été faits dans plusieurs testaments distincts. Cependant nous la résolvons dans le même sens. En effet, toutes les dispositions contenues dans les testaments successifs qu'un homme fait, ne sont que des projets tant qu'il vit, et ne reçoivent de réalité, d'effet, d'existence qu'à la mort du testateur. A ce moment unique, toutes les libéralités projetées, combinées en différents temps et toutes subordonnées à la mort, prennent vie et force. La date des testaments ne donne pas plus de force à l'une qu'à l'autre. La mort est ce qui les vivifie, ce qui les fait exister. Elles ont donc toutes même date. La volonté de l'homme se dépose dans des actes successifs, se modifie ou se développe; mais elle se résout toujours dans une volonté unique et dernière, qui est censée embrasser et confirmer à un seul et même instant de raison tout ce que l'homme a préparé, médité durant sa vie dans la vue de la mort [5]. L'art. 926 du Code Napoléon en contient la preuve; car il soumet à une égale réduction tous les legs, quelle que soit la date des testaments qui les renferment.

2609. On a vu, par les espèces que nous avons parcourues dans les numéros précédents, combien sont fréquentes, entre époux, les donations d'usufruit, et dans combien de cas les tribunaux sont obligés d'en rechercher la valeur pour fixer les limites de la quotité disponible. En rappelant ci-dessus [6] les règles données par la jurisprudence pour arriver à cette évaluation, nous avons dit qu'en général le don de moitié en usufruit est considéré comme équivalant à un quart en propriété, mais que, néanmoins, il y a toujours un calcul de probabilité qui est abandonné à la prudence du juge [7]. C'est là le point de vue qui domine désormais dans la jurisprudence, et qui l'emporte sur les anciens systèmes [8]; il s'appuie sur la loi du 22 frimaire an vii [9], avec cette différence que cette loi, faite pour l'assiette des droits fiscaux, prend l'usufruit pour moitié de la propriété, d'une manière absolue, indépendamment des circonstances, tandis qu'ici, où nous ne sommes pas assujettis aux nécessités d'ordre public qui imposent l'obligation de faciliter la perception de l'impôt, nous obéissons davantage au besoin de

[1] Voy. l'excellent rapport de Mesnard à la chambre des requêtes (Devill., 48, 1, 234).

[2] Cassal., 4 août 1846 (Devill., 47, 1, 39). *Supra*, nos 2399 et 2601.

[3] (Devill., *loc. cit.*, 48, 1, 234). *Contrà* Aix, 18 avril 1836 (Devill., 36, 2, 421). *Journal du Palais*, 37, 1, 334).

[4] Voyez un arrêt conforme de la ch. civ. du 12 juillet 1849 (Devill., 48, 1, 473, 474).

[5] Rieard, p. 3, n° 1109.

[6] *Supra*, nos 839 et 973.

[7] Voy. aussi, *supra*, n° 2600.

[8] L. 68, D., *Ad legem Falcidianam*. Bretonnier sur Henrys, l. iv, quest. 54. Lebrun, *Success.*, l. 1, ch. 3, sect. 2, n° 23. Rousseau de la Combe, *4^e Partie Falcid.*, sect. 2, n° 28; et *4^e Partie*, sect. 2, n° 8.

[9] Art. 14, nos 5, 7 et 8.

nous rapprocher le plus possible de la vérité, et nous tenons raisonnablement compte des circonstances.

2610. Il existe cependant un arrêt de la cour d'Amiens, du 5 mars 1840, qui s'en est tenu au mode absolu d'évaluation de la loi de l'an vii, et a refusé d'entrer dans l'examen des circonstances particulières, bien qu'il ne fût pas question des droits du fisc : « Considérant que les lois des 17 nivôse an ii et 22 frimaire an vii ont apprécié la valeur de l'usufruit à la moitié de celle de la propriété; que, si ces lois ne sont pas applicables à l'espèce, elles ont une autorité de raison toutes les fois qu'il s'agit de déterminer la valeur de l'usufruit pour fixer la quotité disponible; qu'autrement il faudrait entrer dans l'examen non-seulement de l'âge de la personne usufruitière, mais même de sa santé, de ses habitudes, de sa profession, et qu'avec ces éléments on n'arriverait qu'à un résultat douteux; que rien n'étant plus incertain que la durée de la vie de l'homme, il vaut mieux s'en tenir à la règle des lois précitées que d'admettre une évaluation arbitraire; que le législateur a témoigné de sa répugnance pour toute évaluation de ce genre, en ordonnant (art. 917, Cod. civ.) que, quand une disposition en usufruit excéderait la quotité disponible, les héritiers à réserve n'auraient que l'option d'exécuter cette disposition ou d'abandonner la quotité disponible [1]. »

Cet arrêt va trop loin. Tout en reconnaissant avec lui que la durée de la vie humaine est très-incertaine, nous pensons qu'il ne faut pas négliger les probabilités qui se tirent de l'âge, de la santé et de la profession. D'un autre côté, de ce que l'art. 917 a voulu éviter les évaluations d'usufruit, est-ce à dire que, lorsque cette évaluation est absolument nécessaire, il faudra la faire en fermant les yeux à l'évidence et en estimant uniformément un usufruit, qu'il soit sur une tête chargée de quatre-vingts années ou sur une tête qui ne porte que quarante ans ?

2611. Du reste, nous ne faisons qu'exprimer le sentiment consacré en principe par la cour de cassation et par presque toutes les cours impériales [2] : 1^{re} règle habituelle dans la loi de l'an vii, 2^e modification à cette règle par les circonstances qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier.

On peut consulter notamment un arrêt de la cour de cassation, du 24 juillet 1839, portant cassation d'un arrêt de la cour de Lyon, qui avait décidé que le père de trois enfants pouvait, après avoir donné moitié de ses biens en usufruit à sa femme, donner encore un quart en nue propriété à l'un de ses enfants. Cet arrêt est motivé sur ce « que la donation faite par le père au profit de sa femme était de la moitié en usufruit de tous les biens qu'il laisserait au jour de son décès; que l'arrêt ne déclare pas qu'à raison des circonstances particulières, et par exception à la base généralement admise à cet égard, la donation dont s'agit ne fût pas, au jour du décès du père, équivalente au quart en pleine propriété qui formait la portion disponible de la succession, eu égard à la qualité de l'héritier qu'il laissait. etc. [3]. »

Deux autres arrêts, du 27 décembre 1848 [4] et du 7 mars 1849 [5], sont rendus sous l'influence de la même idée.

Nous terminerons par une espèce jugée à Riom, le 25 août 1842 [6]. Le 21 nivôse an vii, Cottévielle épouse une demoiselle Chervais. Les époux se donnent mutuellement l'usufruit des biens que laissera le prédecent. Trois enfants sont issus de ce mariage; par suite, le don d'usufruit de tous les biens s'est trouvé réduit à moitié. Ulérieurement, et lors du mariage de deux de leurs enfants, les époux Cottévielle ont fait, en faveur de chacun d'eux, un don précipitaire d'un huitième. Au décès du père, l'enfant non avantagé a demandé la réduction de la disposition faite à ses deux frères.

Le tribunal de Clermont-Ferrand, le 25 août 1841, « ... attendu que Georges Cottévielle, ayant, par contrat de mariage, disposé, en faveur de sa femme, de l'usufruit de ses biens, si cet usufruit équivalait au quart fixé par l'art. 913, la donation qu'il a faite à ses fils par leur contrat de mariage devient caduque; mais, attendu que, dans l'évaluation de l'usufruit, on doit avoir égard à l'âge et aux infirmités de l'usufruitière, et qu'en tenant compte de ces conditions à la femme Cottévielle, il convient de restreindre la valeur de cet usufruit à la valeur d'un huitième en propriété et de réduire, par conséquent, à un huitième les avantages faits à Jean et Antoine Cottévielle, » ordonne que, par ex-

[1] Devill., 42, 2, 439.

[2] Paris, 12 janvier 1848 (Devill., 48, 2, 79), 17 février 1848 (Devill., 48, 2, 85). Toulouse, 23 novembre 1835 (Devill., 35, 2, 705). Douai, 24 février 1840 (Devill., 40, 2, 270). Aix, 25 mai 1851 (Devill., 51, 2, 705).

[3] Devill., 39, 1, 653.

[4] Devill., 49, 1, 80.

[5] Devill., 49, 1, 258.

[6] Devill., 42, 2, 515. Voy. dans le même sens Grenoble, 8 mars 1851 (Devill., 51, 2, 515). Et Douai, 14 juin 1852 (Devill., 53, 2, 97).

peris, les biens de la succession de Georges Cotteville seront estimés; desquels biens un huitième sera attribué à la veuve et un seizième à chacun des enfants avantagés.

Sur l'appel, arrêt qui met l'appellation à néant avec amende et dépens.

2612. Voici cependant une nuance qui mérite une attention particulière.

Qu'arrivera-t-il si l'usufruitier meurt avant que l'évaluation de son droit, contestée entre les parties, ait été définitivement faite par la justice? Faudra-t-il tenir compte de ce fait accidentel? Faudra-t-il n'avoir égard qu'au nombre d'années pendant lesquelles l'usufruitier a réellement vécu? Ou bien faudra-t-il surtout s'arrêter aux chances de vie qu'il présentait au moment de l'ouverture de son droit?

Écoutons l'espèce suivante, jugée par arrêt de la cour de Caen du 26 mars 1843 [1]. Les époux s'étaient donné, en 1779, tout ce dont les lois existantes et futures leur permettaient et permettraient de disposer en faveur l'un de l'autre. Deux enfants naquirent du mariage. La femme mourut la première; elle avait fait un legs par préciput à l'un de ses enfants.

Le mari survivant avait droit à un quart en propriété et un quart en usufruit. Il mourut lui-même quatorze mois après sa femme. L'enfant avantagé voulut tirer argument de ce fait pour établir que la quotité disponible d'un tiers, fixée par l'art. 913, n'était pas épuisée par le don fait à son père; car un usufruit de quatorze mois ne vaut que le revenu total des biens pendant cet espace de temps.

Mais la cour repoussa ce système, « considérant que le quart en propriété et le quart en usufruit équivalaient, d'après les circonstances au moment du décès de la mère, au tiers en propriété qu'elle aurait pu donner à tout autre qu'à son mari; qu'on soutient à tort que l'usufruit s'étant éteint par la mort du père, un an deux mois et quatre jours après celle de la mère, il ne peut être évalué qu'à une somme égale au revenu du quart des biens de celle-ci pendant cet espace de temps; que ce soutien est repoussé par l'art. 922 du Code civil, et qu'il serait injuste de combiner la quotité disponible de l'art. 913 du Code civil, avec celle de l'art. 1094, en estimant l'usufruit donné à l'époux eu égard à sa durée réelle, au lieu de l'évaluer d'après les probabilités au temps du décès du donateur; qu'en effet, si cet usufruit se fût prolongé de manière que la donation faite au père eût dépassé réellement la valeur du tiers en pro-

« priété, elle n'en aurait pas moins dû être « exécutée en entier, et que le réservataire, « exposé à cette chance défavorable, doit, par « réciprocité, profiter de celle de l'extinction « plus prompte du même usufruit. » En conséquence, la cour de Caen décida que par la donation entre époux, la portion disponible, tant de l'art. 913 que de l'art. 1094, avait été épuisée, et que le legs fait par préciput à l'un des enfants était caduc.

Cette décision nous semble très-raisonnable. En effet, il est de principe que les estimations nécessaires pour déterminer la réserve et la quotité disponible et pour décider de la validité ou de la caducité des dispositions du défunt, se font en se plaçant à l'époque du décès du disposant. L'art. 922 fixe cette époque, de laquelle on ne peut s'écarter sans se jeter dans l'arbitraire. C'est à ce moment que les droits de chacun ont été fixés; c'est à ce moment que la liquidation entière de la succession devrait se régler, si des nécessités matérielles et des débats n'amenaient pas des retards. Au moins est-il juste que ces retards ne causent aucun changement dans les droits des parties. De même que les augmentations ou les diminutions de valeur des biens corporels, survenant après l'ouverture de la succession, n'influent aucunement sur l'étendue de la réserve et de la quotité disponible; de même la brièveté ou la prolongation imprévue d'un droit d'usufruit donné ou légué ne doit pas influencer sur l'exécution des libéralités postérieures. Ce sont des chances que les intéressés commencent à courir à partir du décès et qui résultent de la nature plus ou moins aléatoire du droit constitué. Si les chances tournent en faveur de l'une des parties, par exemple, du réservataire (l'usufruit qui limite sa réserve s'éteint promptement), il doit en profiter; car il a couru la chance de voir ce droit lui causer un préjudice par sa durée au delà des limites ordinaires.

2613. En combinant toutes les idées par lesquelles nous venons de passer dans le commentaire de l'art. 1094, on peut savoir maintenant dans quel cas le disposant a excédé les bornes des quotités libres entre ses mains.

Que s'il est sorti des limites légales, la réduction s'opérera en prenant pour base les principes du droit commun. Y a-t-il plusieurs donations, on procédera conformément à l'article 923, en s'attaquant à la dernière, avant d'arriver à la première [2]. C'est ce que nous avons établi très-positivement ci-dessus [3]. On peut y voir comment, lorsque la donation faite

[1] Devill., 43, 2, 455.
Zachar., § 689, I. V, p. 215.

[3] N° 9386.

à l'époux, est la première en date, il faut opérer sur les suivantes et sur elle-même.

2614. Quand la libéralité a été faite par testament, c'est l'article 926 qu'il faut appliquer.

Mais son application n'est pas exempte de difficulté, et l'embarras provient de ce que dans la masse formée par la combinaison des deux quotités, il y a une part privilégiée qui n'a été établie qu'en faveur de la femme, qui ne concerne qu'elle seule, et sur laquelle elle ne peut trouver de copartageant ni de concurrent.

Pour plus de clarté prenons un exemple. Le testateur lègue à sa femme la moitié de l'usufruit de ses biens : admettons que cet usufruit de moitié équivaut à un quart de pleine propriété. Il donne de plus à l'un de ses fils un quart en pleine propriété. Il meurt laissant trois enfants. Il ne pouvait donner qu'un quart en propriété, et un quart en usufruit ; il a donné une moitié en pleine propriété. L'excès est évident, et le retranchement est nécessaire.

Traduisons ceci en chiffres.

Titius a un patrimoine de 20,000 fr.

Il lègue l'usufruit de la moitié ou de 10,000 fr. à Livia sa femme.

Il laisse le quart disponible à Julius, l'aîné de ses enfants, c'est-à-dire, qu'il lui fait un don de 5,000 fr.

L'usufruit de la moitié de 20,000 fr. est évalué (nous le supposons) au quart en toute propriété ; c'est donc comme s'il avait légué à sa femme 5,000 fr. en toute propriété.

Or, quelle est la portion disponible ? c'est, d'après l'art. 1094, un quart en propriété, savoir 5,000 fr., plus un quart en usufruit équivalent à un huitième en propriété, savoir 2,500 fr., ce qui fait 7,500 fr. Cependant Titius a fait des dons jusqu'à concurrence de 10,000 fr. Il faut donc les réduire au marc le franc, d'après l'article 926.

La-dessus deux systèmes de concours et de liquidation ont été proposés.

2615. Voici le premier : il commence par composer la masse disponible. Il y fait entrer d'abord la portion disponible ordinaire, 3,000 plus un quart en usufruit que la loi permet d'ajouter en faveur de la femme, lequel quart est évalué en propriété à 2,500

Total 7,500

Ceci posé, la femme se payera d'abord de son lot sur ce quart en usufruit, qui n'a été introduit qu'en sa faveur, et qui ne doit échoir

qu'à elle,

2,500

Ensuite, pour compléter sa portion afférente, elle prendra sur les 5,000 fr. formant la portion disponible ordinaire, et qui est divisible entre elle et l'autre gratifié, une somme de 1,250 fr. ci

1,250

Total de la portion de la femme

3,750

Julius se payera sur ce qui restera de la portion disponible ordinaire, et il aura par conséquent l'équivalent de son lot,

3,750

Total égal à la portion disponible

7,500

Et comme la femme, d'après le testament et l'art. 1094, doit recevoir sa libéralité en usufruit, il faut convertir les 3,750 fr. en propriété que nous trouvons tout à l'heure pour sa part, en un usufruit d'une valeur correspondante. On lui abandonnera donc la jouissance de 7,500 fr., la propriété étant, en général, la moitié de l'usufruit (1).

2616. Le second système arrive à des résultats plus avantageux pour l'épouse. Il reproche à la méthode que nous venons d'exposer d'être trop favorable au légataire et de composer la masse sans distinguer un élément qui doit être distrait du partage. Pourquoi, en effet, faire concourir le légataire avec la femme sur une masse entière, dont une partie n'est pas disponible à son égard ? Plus la masse sur laquelle on opère est considérable, plus le dividende afférent à chacun est considérable aussi. La part attribuée au légataire se trouve donc augmentée à raison de ce que l'on ajoute au disponible ordinaire le disponible spécial au conjoint, et que l'on calcule la réduction sur la somme totale. Par suite, l'époux survivant est lésé, puisqu'on lui fait subir le concours d'un autre légataire relativement à une partie de son legs qui, portant sur un disponible exclusivement attribuable à lui seul, n'admet ni concours ni réduction.

Voici donc comment on corrige ce vice de calcul.

Sur ce qui a été donné à l'époux on retranche l'élément personnel et privilégié, et on l'impute sur la quotité propre à cet époux. Puis on fait concourir le legs de l'époux ainsi réduit, avec les autres legs sur la quotité disponible ordinaire et commune, et l'on distribue entre tous les légataires une masse à laquelle ils ont autant de droit l'un que l'autre. Quand la réduction proportionnelle est ainsi opérée, on ajoute à la part afférente à l'époux ce que cet époux a le droit de recevoir par la faveur spéciale de la loi (2).

[1] Toullier, t. V, n° 872. Coin-Delisle sur l'art. 1094, n° 18. Zachariæ, § 689, t. V, p. 213.

[2] Marcadé sur l'art. 1100, n° 111. Boutry, *Essai*

sur les donations entre époux, n° 497 et 504. Delvincourt, t. II, p. 223, édit. de 1834, fait concourir sur le disponible le moins étendu tous les legs, y compris celui

Faisons l'application de ce procédé à l'exemple que nous avons pris tout à l'heure.

Le patrimoine est de 20,000 fr.

Livia, l'épouse, est légataire de l'usufruit de moitié.

Julius, l'un des trois enfants, est légataire de la pleine propriété d'un quart.

Or, l'épouse a droit à l'usufruit d'un quart en vertu d'un privilège personnel, sans concours avec personne. On lui en fait l'abandon préalable, et par là on épuise le disponible conjugal, pour rentrer ensuite dans le disponible ordinaire.

Sur ce disponible, Livia a droit en outre à l'usufruit d'un autre quart équivalent à un huitième en propriété, et elle concourt avec l'autre legs, qui est d'un quart.

Livia prétend donc, sur le disponible ordinaire, à 2,500 fr., huitième de la succession; Julius, à 5,000 fr., quart de la succession. La somme des legs est de 7,500. Il n'y a de disponible à distribuer entre eux, qu'un quart de la succession, soit 5,000 fr.; l'excès est d'un tiers.

Il faut faire subir une réduction d'un tiers à chaque legs.

Livia prendra une valeur de 1,666 fr. 66 c.

Julius prendra 3,333 fr. 33 c.

Somme totale égale à la
quotité disponible 5,000 fr. 00 c.

L'épouse recevra l'équivalent de 1,666 fr. 66 c. en usufruit, c'est-à-dire la jouissance d'une somme double,

3,333 fr. 33 c.

qui réunie à la somme de 5,000 francs dont elle jouit déjà par faveur,

5,000 fr. 00 c.

lui procurera l'usufruit d'une valeur totale de

8,333 fr. 33 c.

Dans le système précédent elle n'avait droit qu'à l'usufruit d'une valeur de

7,500 fr. 00 c.

différence en faveur de la femme ou en propriété

833 fr. 33 c.
116 fr. 66 c.

D'un autre côté, l'enfant est moins bien partagé. Il avait dans le premier calcul

3,750 fr. 00 c.

il n'a plus que

3,333 fr. 33 c.

Différence à son détriment

416 fr. 66 c.

Pour achever de justifier le second système, on ajoute qu'en agissant comme il vient d'être dit, on respecte bien mieux les intentions du disposant. En faisant un don considérable au profit de celui qui est gratifié par la loi du disponible le plus fort, il a eu certainement égard

à cette disposition de la loi; il a réfléchi que, dans une certaine mesure, il n'y aurait pas de concours entre ce légataire et les autres légataires.

2617. Nous pensons, au contraire, que les intentions du défunt sont méconnues par le second procédé, et c'est surtout ce qui nous fait donner la préférence au premier système. Le testateur a exprimé sa volonté dans des termes précis; il a fait et voulu faire deux legs égaux en valeur. A sa femme, il a donné en usufruit l'équivalent de ce qu'il a donné à son fils en toute propriété, à savoir, 5,000 francs à chacun. Or, comment serait-il possible que la réduction fût équitable, si, au lieu d'arriver à une pareille proportion, elle mettait dans le résultat final une inégalité qui n'existe pas dans la disposition? Oublie-t-on que l'admission de tous les légataires au disponible le plus élevé est précisément fondée sur l'intention du testateur d'accorder à tous une égale faveur [1]? Et l'on irait se jeter dans des inégalités choquantes, lorsque à cette intention présumée se joint la volonté formellement exprimée dans le testament et formulée en valeurs de même importance! De quoi pourrait se plaindre l'époux survivant? Oserait-il se dire blessé par son égalité avec le légataire? Puisqu'il profite de la vocation résultant du testament, ne doit-il pas se contenter de la part égale que lui fait cet acte?

2618. Les arrêts, du reste, ne nous donnent aucune lumière sur ce point, la question ne s'étant pas posée devant eux de manière à nécessiter une solution. Dans une espèce jugée par arrêt de la cour de Limoges du 21 août 1822, ou y touchait de très-près. Mais le consentement des parties le fit disparaître.

Un sieur Champel avait légué à Antoine son fils, par préciput, le quart de sa succession et à son épouse la moitié en usufruit de ladite succession. Il mourut laissant plus de trois enfants. La quotité disponible la plus forte était dépassée. Il y avait lieu à réduction. Mais Antoine consentit à ce que la moitié de l'usufruit de sa mère portât d'abord sur son quart préciputaire. Grâce à ce consentement, il était possible d'exécuter les dispositions du testament sans nuire aux droits des légitimaires, puisque les deux legs réunis n'excédaient pas un quart en pleine propriété et un quart en usufruit. La difficulté de la réduction était écartée; la cour de Limoges ordonna que le partage se ferait sur les bases convenues entre les parties [2].

de l'époux, sans l'avoir préalablement réduit. De sorte qu'il fait souffrir les autres légataires du concours d'un legs qui s'exécute ensuite sur un disponible à pari. On voit l'injustice de cette combinaison.

[1] *Supra*, n° 2607.

[2] Devill., 7, 2, 118. Voy. aussi Turin, 15 avril 1810 (Deville, 3, 2, 237).

Voici une autre espèce qui s'approche également de la question, mais qui, à raison des circonstances, n'a pas eu occasion d'y pénétrer.

Une dame Rudigoz est décédée en 1839 laissant quatre enfants. Par un testament elle avait légué à son mari l'usufruit de tout ce que la loi lui permettait de donner, et à deux de ses enfants, par préciput, l'entière propriété du quart de tous ses biens.

Les enfants non avantageés prétendirent restreindre tous les legs à la quotité de l'art. 913. Le mari survivant et les enfants avantageés, agissant de concert, demandèrent le disponible le plus étendu, celui de l'art. 1094 et rien de plus.

Le tribunal de Lyon, le 8 avril 1845, accueille la demande des légataires, ordonne qu'il soit prélevé sur la masse un quart en pleine propriété et un quart en usufruit, sauf à ces derniers à s'entendre entre eux pour le règlement de leurs intérêts.

La cour de Lyon, le 14 juin 1844, confirme la décision.

Pourvoi en cassation fondé sur la violation de l'art. 926. Mais la chambre civile rejette le pourvoi par arrêt du 12 juillet 1848 « attendu » que le mode de réduction au marc le franc « tracé par l'article 926 du Code civil, dans le » cas où les dispositions testamentaires excèdent la quotité disponible, a pour objet de » régler les droits respectifs des légataires, et » que, lorsque cette quotité a été déterminée, » les réservataires, étant sans intérêt dans ce » règlement, n'ont pas qualité à y intervenir ; » attendu en conséquence que l'arrêt attaqué, » en réservant, par suite de la détermination » de la quotité disponible, les droits des légataires les uns vis-à-vis des autres, n'a commis » aucun excès de pouvoir et n'a pas contrevenu » à l'article précité [1]. »

2619. Après avoir vu comment la quotité disponible entre époux se concilie avec la quotité disponible ordinaire, il faut voir ce que devient cette quotité conjugale en cas de renonciation du bénéficiaire.

Donc si l'époux donataire renonce à la libéralité qui lui a été faite, cette renonciation élargira-t-elle la quotité disponible? Les dispositions ultérieures devront-elles sortir à effet? ou bien les héritiers seront-ils fondés à prétendre que le bénéfice de cette renonciation doit leur profiter par droit d'accroissement?

Supposons une donation faite par un époux à l'autre de l'usufruit de tous les biens que le

premier laissera au moment de sa mort. Après le décès du disposant le survivant renonce, les choses étant encore entières et avant toute acceptation [2]. Qui profitera de la renonciation? les réservataires ou les donataires et légataires?

Il faut répondre que la renonciation de l'époux survivant accroît la quotité disponible ordinaire. Cette renonciation faisant évanouir entièrement un droit d'usufruit qui n'était jusqu'à qu'une espérance, ce droit ne fait plus obstacle à l'exécution des libéralités postérieures du défunt.

C'est en vain que les héritiers, pour profiter de cette renonciation, invoquent l'art. 786 qui pose la règle que la part du renonçant profite à ses cohéritiers. Cet article suppose que le renonçant est lui-même héritier de même ordre que ceux à qui il défère sa part. Il formule un droit réciproque entre les héritiers naturels, les héritiers *ab intestat*. Il ne saurait donc régir les rapports de personnes qui ne recueillent pas toutes au même titre les biens de la succession, et entre lesquelles la réciprocité n'existe pas. C'est ce qui se rencontre dans notre espèce entre les héritiers et le donataire renonçant.

La jurisprudence a toujours proscrit la prétention des héritiers. Elle a fait tourner la renonciation de l'époux donataire, dans les circonstances que nous avons décrites, à l'avantage des bénéficiaires ultérieurs dont les donations sont devenues efficaces.

Nous ne citerons qu'une espèce entre beaucoup d'autres semblables.

Le 23 thermidor an x, le sieur de Montlaur épouse la demoiselle de Lacoste, et dans le contrat de mariage lui donne, en cas de survie, la jouissance de tous ses biens. Le 28 janvier 1835, l'aîné des enfants issus de cette union se marie lui-même, et reçoit de ses père et mère donation par préciput du quart de tous leurs biens présents et à venir.

En 1839 le sieur de Montlaur décède : la donation préciputaire est attaquée par l'un des enfants non avantageés. Pour la faire valoir, la mère déclare, par acte notarié de 1839, renoncer formellement à tous les avantages qui lui reviennent sur la succession de son mari.

Un débat s'étant engagé sur l'autorité et les effets de cette renonciation, le tribunal et la cour de Toulouse [3] validèrent le préciput de l'aîné en vue duquel la mère avait agi, et sur le pourvoi la requête fut rejetée par arrêt de la cour de cassation du 20 déc. 1843 [4] : « attendu » en droit que la renonciation dont le résultat

[1] Ch. civile (Devill., 48, 1, 673).

[2] Suppl. n° 2546 et 2547.

[3] Toulouse, 15 avril 1842 (Deville., 42, 2, 385).

[4] Devill., 44, 1, 214. *Junge* Bordeaux, 5 fév. 1844 (Deville., 44, 2, 34). Agen, 29 avril 1844 (Deville., 44, 2, 391). Riom, 6 mai 1846 (Deville., 46, 2, 397). Tou-

« est d'éteindre les droits appartenant au re-
 « nonçant, ne perd pas le caractère qui lui est
 « attribué par les lois, par cela seul qu'elle
 « donne ouverture à des droits dont ceux du
 « renonçant auraient empêché l'exercice; at-
 « tendu que la renonciation de la veuve Mont-
 « laur à un droit personnel et dont l'existence
 « était le seul obstacle à l'exécution des libérati-
 « onnées faites au profit du fils en 1833, a eu pour
 « effet nécessaire de rendre toute efficacité lé-
 « gale à ces libéralités, qui n'étaient pas nulles
 « en elles-mêmes, mais seulement subordon-
 « nées à une condition, et non exécutoires par
 « défaut de matière..., etc. »

2620. Mais si, lorsque la renonciation est intervenue, les choses n'étaient plus entières, si le donataire avait déjà, depuis l'ouverture de la succession, accepté la libéralité qui lui a été faite, dans ce cas il ne serait plus recevable à changer d'avis et à répudier ce qu'il a d'abord accepté. La donation a produit son effet; les éléments qui serviraient à fixer la quotité disponible et les imputations à faire sur cette quotité, sont désormais déterminés et ne dépendent plus de la volonté arbitraire des parties. L'intérêt des tiers, en particulier celui des réservataires, qui exige de la certitude, serait compromis par la liberté accordée à l'époux survivant, de changer de résolution et de favoriser ainsi l'enfant légataire, au détriment des enfants non avantagés. L'époux a accepté; il est devenu usufruitier de la moitié de la succession. S'il renonce ensuite, qui est-ce qui en profitera? Les nus propriétaires, les héritiers réservataires. Tel est le résultat nécessaire d'une extinction d'usufruit. Quant à la validité des autres libéralités ou à la réduction qu'elles doivent subir, c'est un point irrévocablement décidé d'après le premier parti pris par l'époux relativement à la donation d'usufruit qu'il a reçue de son conjoint.

A l'appui de cette proposition, il faut citer un arrêt de la cour de cassation du 12 janvier 1855.

Après une donation mutuelle et universelle en usufruit entre les futurs époux de Charentais par leur contrat de mariage, le mari avait obtenu l'érection d'un majorat à son profit et au profit de sa descendance masculine par ordre de primogéniture.

La mère, qui survécut, figura à divers actes relatifs à la liquidation de la succession de son mari, à cause des droits que lui conférait son

contrat de mariage; elle paya les droits de mutation à sa charge comme donataire en usufruit. Toutefois, ultérieurement, elle déclara par acte d'avoué à avoué qu'elle renonçait, si besoin était, aux avantages résultant de son contrat de mariage, autant qu'il serait nécessaire pour que la constitution du majorat sortît son plein et entier effet.

Le tribunal de Tours considéra cette renonciation comme nulle, « attendu qu'en manifestant d'abord l'intention de profiter de la libéralité faite en sa faveur par son mari, elle a par là invariablement fixé les droits de toutes les parties, et, notamment, les droits de son fils majorataire, comme ceux de sa fille héritière à réserve, qui a pu considérer le sort de la succession comme invariablement arrêté par son acceptation, et, dans cette confiance, régler en conséquence sa position et ses intérêts, auxquels il ne saurait être permis à un donataire, qui a accepté, de porter atteinte, en revenant sur son acceptation, pour favoriser un autre donataire; attendu qu'on ne saurait admettre, en effet, qu'une donation contractuelle pût, après le décès du donateur, être alternativement acceptée ou répudiée au gré du donataire, sans porter atteinte au principe d'ordre qui domine cette matière et qui a spécialement pour objet de préserver les droits et les intérêts des tiers du trouble et de l'incertitude qui suivraient les changements facultatifs de volonté... etc. »

Sur l'appel, la cour d'Orléans a confirmé, le 4 août 1849 [1], et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la chambre civile de la cour de cassation le 12 janv. 1855, « attendu que de l'acceptation que la veuve avait faite aussitôt après le décès de son mari de la libéralité en usufruit, il était résulté en faveur des deux enfants des droits respectivement acquis; qu'elle n'a pu détruire ni modifier ces droits par l'effet d'une renonciation ultérieure qu'elle aurait apportée à cette libéralité [2]. »

2621. Il nous reste à traiter une question de capacité qui a de l'importance. Elle concerne le mineur qui, pendant son mariage, fait une libéralité à son conjoint. Nous avons vu ci-dessus [3] que le mineur ne peut faire une donation à son conjoint pendant le mariage, et que le caractère révocable de la donation entre époux n'est pas un obstacle à l'application du principe de capacité posé par les art. 903 et 904 [4]. Mais

lousse, 11 février 1843 (Devill., 45, 2, 307). Renesch, p. 479.

[1] Devill., 50, 2, 302.

[2] Devill., 53, 1, 71. Voy. dans le même sens

Limoges, 18 mai 1842 (Devill., 42, 2, 555). Paris, 12 janvier 1848 (Devill., 48, 2, 79).

[3] N° 587.

[4] Toulouse, 27 nov. 1841 (Devill., 42, 2, 125). Pa-

il peut disposer de ses biens par testament et jusqu'à concurrence de la moitié de la quotité mise à la disposition du majeur. Nous disons qu'il doit rester renfermé dans cette dernière limite; car le mineur qui est marié n'est pas tellement émancipé par le mariage qu'il puisse user sans restriction du bénéfice de l'art. 1094. Les art. 903 et 904 du Code Napoléon lui sont applicables [1].

Il est vrai que, d'après l'art. 1093 que nous expliquerons dans un instant, le mineur peut, par contrat de mariage, faire les mêmes dispositions que le majeur. Mais c'est que dans ce cas le mineur est relevé de son incapacité par l'assistance de la famille. Ici, le mineur est seul, livré à lui-même et exposé aux illusions d'un âge inexpérimenté.

L'application de ce principe a fait surgir une difficulté qui sera mieux comprise si nous rapportons une espèce : Simplicie Muguet, mineure, lègue au sieur D..., son mari, la totalité des biens dont il lui est permis de disposer; elle décède en état de minorité, laissant à sa survivance, son père, Sabin Muguet, et ses frères ou sœurs consanguins enfants de Sabin Muguet. Après son décès, il naît à Sabin Muguet un autre enfant déjà conçu à la mort de Simplicie, lequel décède peu après.

Simplicie Muguet n'avait pu disposer que de la moitié des biens dont elle aurait pu disposer en majorité (art. 904). Or, majeure, elle aurait pu disposer des trois quarts, puisque la réserve légale du père était du quart. Elle ne pouvait donc disposer en faveur de son mari que de la moitié des trois quarts ou huit troisièmes. Mais à ces huit troisièmes ne fallait-il pas joindre, conformément à l'article 1094, l'usufruit de la moitié de la réserve légale, et de plus, l'usufruit de la moitié revenant aux frères *ab intestat*?

Il n'y avait pas de difficulté pour l'usufruit de la moitié de la réserve légale : le père y consentait. L'art. 1094 mettait d'ailleurs obstacle à toute résistance de sa part. Mais il n'en était pas de même de l'usufruit de la moitié arrivant aux autres enfants comme successeurs *ab intestat*. On disait au sieur D... : Si l'on vous accorde la moitié de l'usufruit de la part réservée au père, c'est que l'art. 1094 en contient la disposition expresse. Sans elle, vous devriez vous contenter de la moitié des trois quarts, conformément à l'art. 904 du Code. Or, cet article 1094, qui est la source de votre argumentation de droit, est muet sur ce qui concerne l'usufruit de la moitié arrivant aux frères et sœurs. Donc, il n'est pas permis de vous donner ce nouveau supplément. Ce serait aller au delà des art. 904 et 1094.

Ce système a été adopté par arrêt de la cour de Toulouse du 27 novembre 1841 [2].

Cette cour est obligée cependant de reconnaître qu'il y a dans ce résultat quelque chose de contraire à la justice et à la raison; car l'ascendant est beaucoup plus favorable que les frères et sœurs; et si la légitime du père est frappée de l'usufruit jusqu'à concurrence de moitié, n'est-il pas singulier qu'il n'en soit pas de même de la moitié des biens qui passent aux collatéraux? Mais la cour s'arrête devant un texte qui lui semble précis, bien que la loi paraisse incomplète et injuste.

On pourrait cependant objecter qu'en prenant l'art. 1094 dans son véritable esprit, il a entendu que lorsque l'époux n'avait pas d'enfants, la totalité de ses biens pourrait rester dans les mains de l'époux survivant gratifié, et cela, partie en toute propriété, partie en usufruit; que par conséquent la minorité réduit ce droit à moitié, et qu'aucune parcelle de l'hoirie n'y doit échapper pour moitié.

ARTICLE 1093.

Le mineur ne pourra, par contrat de mariage, donner à l'autre époux, soit par donation simple, soit par donation réciproque, qu'avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage; et, avec ce consentement, il pourra donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint.

ria, 11 décembre 1812 (Devill., 4, 2, 214). Limoges, 15 janvier 1832 (Devill., 7, 2, 6). Bordeaux, 24 avril 1854 (Devill., 34, 2, 461). Grenier, n° 461, t. III, p. 464, 465, de Bayle-Mouillard. Duranton, t. VIII,

n° 187. Vazeille, art. 904, n° 3.

[1] Voy. aussi *infra*, n° 2645.

[2] Devill., 42, 2, 124, 125. *Journal du Palais*, 1841, t. I, p. 448.

SOMMAIRE.

2622. Objet et motif de notre article. — Renvoi.
 2623. Du mineur qui se marie avec une dispense d'âge.
 2624. Le mineur rentre dans le droit commun s'il gratifie tout autre que son conjoint, ou s'il gratifie son conjoint durant le mariage.
 2625. Du consentement que le mineur doit obtenir. — Sens du mot « assistance ».
 2626. De la constitution du consentement des parents.
 2627. Le parent peut donner un mandat à un tiers, mais

- un mandat spécial.
 2628. ... Et dont la spécialité soit exprimée dans l'acte authentique qui le contient.
 2629. Ces règles régissent le cas où c'est le conseil de famille qui consent.
 2630. Arrêt conforme.
 2631. La nullité résultant de l'inobservation de notre article est-elle relative? Arrêt de la cour de cassation.

COMMENTAIRE.

2622. Nous définissons au numéro précédent la position du mineur déjà marié, qui, pendant le mariage et étant encore en état de minorité, veut faire une libéralité à son conjoint. L'art. 1093 s'occupe de la capacité du mineur qui, avant de se marier et par son contrat de mariage, gratifie son futur conjoint. Cette espèce est très-différente de la précédente. Les dispositions par contrat de mariage ont pour objet de faciliter des unions qui sont la pépinière de l'État, et le législateur a voulu les favoriser spécialement en élargissant la capacité des mineurs. Mais les donations pendant le mariage n'ont pas ce but d'utilité publique. La loi les considère même d'un œil de défiance, *ne minus amore invidiam spoliantur donationibus non temperantes, sed profusus erga se facilitate* [1].

Notre article veut donc que le mineur, avec le consentement et l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour la validité de son union conjugale, puisse par contrat de mariage donner à l'autre époux tout ce qu'un majeur pourrait lui donner.

En thèse générale, un mineur âgé de moins de seize ans ne peut aucunement disposer. De plus, le mineur, parvenu à l'âge de seize ans, ne peut faire de donation entre-vifs; si la loi lui permet de laisser par testament, elle limite ce droit, n'autorisant que la libre disposition de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer [2]. Mais le mineur qui se marie est relevé par la faveur de l'acte auquel il va procéder et par le concours des personnes qui l'assistent de leur consentement.

Nous avons exposé les idées sur lesquelles repose ce point de droit dans le commentaire de l'art. 1598 du Code Napoléon [3] qui est le complément de l'art. 1093. L'art. 1598 généra-

lise la règle que l'art. 1093 avait seulement formulée pour les donations par contrat de mariage. L'art. 1599 vient la corroborer et la mettre en plus grande lumière. Nous ne reviendrons pas sur tout ce que nous avons dit et enseigné dans le commentaire précité.

2623. Et, notons-le bien, ce n'est pas seulement le mineur habile à contracter mariage d'après l'article 144, qui reçoit de notre article la capacité de disposer en faveur de son futur conjoint; c'est encore le mineur qui, d'après l'article 145, a reçu de l'empereur une dispense d'âge.

L'autorisation accordée de contracter mariage avant l'âge légal a pour effet d'attribuer à celui qui l'a obtenue tous les droits et toute la capacité conférés par la loi à celui qui l'a reçue [4].

2624. Le privilège que l'article 1093 accorde aux mineurs étant limité dans sa cause, ne saurait, par suite, être réclaté qu'à raison de l'intérêt exclusif qui l'a fait établir. Ainsi, les mineurs qui se marient ne sont relevés de leur incapacité qu'autant qu'ils se gratifient l'un l'autre. Ils ne pourraient, à l'égard d'un étranger, sortir du cercle où les renferment les art. 903 et 904.

Ainsi encore, comme nous le disions tout à l'heure [5], le mineur rentre dans le droit commun pour les donations qu'il fait, non plus par son contrat de mariage, mais pendant le mariage, lors même que la libéralité s'adresserait à son conjoint. C'est pourquoi il a été jugé qu'un époux mineur ayant déjà seize ans ne peut, durant le mariage, laisser par testament, à son conjoint, que la moitié de ce que, étant majeur, il pourrait lui laisser [6].

2625. Une autre condition essentielle pour

[1] L. 1, D., *De donat. inter vir. et ux.*

[2] Art. 903 et 904 du C. Nap. *Suprà*, nos 383 et suiv.

[3] Voy. notre Comm. du *Contrat de mariage*, n° 263 et suiv.

[4] *Bastia*, 3 fév. 1836 (Devill., 36, 2, 247).

[5] N° 2621.

[6] Paris, 11 décembre 1812 (Devill., 4, 2, 214). Limoges, 15 janv. 1822 (Devill., 7, 2, 6). Bordeaux, 24 avr. 1834 (Devill., 34, 2, 441). Voy. *suprà*, la combinaison des art. 904 et 1094, n° 2621.

l'application de l'article 1095, sur laquelle il faut que nous insistions un moment, c'est que le mineur agisse dans son contrat de mariage avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage.

Bien que la loi dise : « consentement et assistance, » il n'est certainement pas nécessaire que les parents soient présents en personne au moment de la réception du contrat de mariage, ce qui parfois serait impossible. La loi n'a pas voulu leur interdire d'exprimer leur approbation par écrit ou de se faire représenter par des mandataires. Rien n'est plus évident, puisqu'ils peuvent donner par écrit leur consentement au mariage lui-même qui a plus d'importance [1], ou bien encore y consentir par l'organe d'un mandataire muni d'une procuration spéciale et authentique [2].

2626. Il faut que l'acte constatant le consentement ou la procuration soit authentique. Car la loi exige l'authenticité pour le contrat de mariage et pour ce qui en forme une annexe nécessaire. Le consentement du parent qui complète la capacité de son enfant mineur doit être entouré des mêmes garanties d'indépendance et de lumières que le consentement de l'enfant lui-même. Les articles 36 et 73 du Code Napoléon, touchant le consentement au mariage, fournissent un puissant argument d'analogie [3]. De plus, comment le notaire s'assurerait-il de la vérité de la signature de l'acte sous seing privé qu'on lui présenterait ? Une dénégation d'écriture pourrait donc ensuite remettre en question la validité du contrat de mariage, en contestant l'un de ses éléments essentiels [4] ?

2627. Comme le consentement des ascendants ou du conseil de famille doit servir de protection au mineur, il faut que ce consentement soit éclairé et spécial à un contrat de mariage dont les clauses aient pu être examinées [5]. Si donc le parent qui doit consentir donnait mandat à une tierce personne de le représenter au contrat de mariage et d'approuver toutes conventions matrimoniales qui y seraient proposées, le but de la loi ne serait pas atteint. Un mandat aussi vague ne serait pas un exercice, mais une délégation de la puissance paternelle, délégation qui n'est pas permise. De même que l'autorisa-

tion relative au mariage doit être spéciale et désigner la personne que le mineur est autorisé à épouser [6], de même le consentement aux clauses du contrat de mariage doit porter sur des points précis, connus et définis. L'ascendant est appelé à diriger le mineur. Il ne s'acquiesce pas de sa mission, lorsqu'il abandonne entièrement la décision soit à un mandataire quelconque, soit au descendant lui-même.

Il s'ensuit que, en pareille circonstance, les donations contenues au contrat de mariage seraient considérées comme faites par un mineur sans autorisation ; elles seraient annulables [7]. Et la nullité ne pourrait se couvrir qu'après la dissolution du mariage [8].

2628. On a pensé [9] que les conventions ne devraient pas être déclarées nulles par cela seul que le père aurait donné un mandat en termes généraux, s'il restait d'ailleurs des documents dignes de foi, constatant que le tiers avait reçu du père des instructions conformes aux conventions insérées au contrat de mariage, ou que le père les aurait approuvées avant la célébration du mariage. C'est alors une question de fait.

Nous croyons que dans la matière si grave du mariage le législateur écarte l'incertitude des preuves ordinaires et n'a foi que dans les actes notariés. Nous avons suffisamment prouvé que la procuration doit être spéciale. Or tout ce qui n'est pas attesté par un officier public est ici comme non avenu. Il n'est pas plus permis de compléter à l'aide de preuves extrinsèques quelconques un acte notarié de consentement, qu'il ne serait permis de le suppléer par ce moyen s'il n'existait pas du tout. Si par la rigueur de cette doctrine on cause quelquefois une nullité regrettable, on prévient par là des difficultés dans le plus grand nombre des cas.

2629. Ce que nous venons de dire des caractères que doit présenter le consentement de l'ascendant est applicable au cas où c'est le conseil de famille qui est chargé de la mission de l'assistance du mineur [10]. Il ne suffit donc pas que le conseil de famille nomme un délégué pour assister au contrat de mariage, en examiner et en approuver les dispositions au nom du conseil ; il faut, de plus, qu'un projet du contrat de mariage soit soumis au conseil et reçoive

[1] Art. 73 du C. Nap.

[2] Art. 36 du C. Nap., *mon Comm. du Contrat de mariage*, n° 282. Duranton, t. IX, n° 765, Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° *Contr. de mar.*, n° 25. Voy. l'arrêt de Douai, rapporté *infra*, n° 2630.

[3] Voy. *supra*, n° 1084.

[4] *Contr.*, Rolland de Villargues, *Répert. du not.*, v° *Contrat de mariage*, n° 6.

[5] *Mon Comm. du Contrat de mariage*, n° 282.

[6] Art. 75 du C. Nap.

[7] Voy. *infra*, n° 2631, un arrêt de la cour de cassation qui peut être invoqué ici par argument.

[8] *Mon Comm. du Contrat de mariage*, n° 283, 286, 287, 288. Rolland de Villargues, *loc. cit.*, n° 27.

[9] Coia-Delelle sur l'art. 1095, n° 1.

[10] Duranton, t. IX, n° 763; Delvincourt, t. II, p. 197, édit. de 1854; Poujol sur 1095, n° 2.

directement son assentiment. Le conseil désigne ensuite un de ses membres pour le représenter au moment de la réception du contrat, qui doit être conforme à la délibération. On comprend l'importance de cette manière d'agir, surtout dans le cas prévu par notre article, où le mineur fait une donation à son conjoint. Le conseil doit être informé de cette donation et de son étendue, et s'il n'autorise le mineur à la faire qu'avec des restrictions, celui-ci sera forcé de se tenir dans les limites tracées par l'assemblée de la famille, quel que soit l'avis du parent qui représente le conseil.

Que si des discussions s'élèvent et amènent la nécessité de quelques changements à la rédaction arrêtée, il faudra une délibération nouvelle du conseil, conformément à l'article 811 du Code Napoléon, qui peut servir ici d'argument.

2620. Voici, du reste, une espèce dans laquelle le principe de la délégation du pouvoir du conseil a été renfermé, par la cour de cassation, dans les bornes que nous venons d'indiquer.

Une demoiselle Delasalle, mineure sans ascendant, est demandée en mariage par un sieur Stouder.

Le conseil de famille autorise le mariage, et, « pour autoriser et assister la mineure dans tous les actes civils qui devront précéder le mariage, il lui nomme pour curateur *ad hoc* la personne de M. Bacqueville, auquel il adjoint MM. Perin et Germot. » Lors de la rédaction du contrat de mariage, la future est assistée de son tuteur et des trois délégués du conseil; une des clauses du contrat contient une donation réciproque au profit du survivant de l'usufruit de tous les propres du précédé.

La demoiselle Delasalle meurt, quelque temps après le mariage, sans enfant. Ses héritiers demandent la nullité de la donation, parce qu'elle a été autorisée non par le conseil de famille, mais par trois de ses membres qui seuls n'avaient pas qualité pour le faire.

Arrêt de la cour de Douai, du 13 décembre 1835, qui prononce cette nullité, « attendu que si, dans le cas de l'art. 160 du Code civil, l'assistance en personne, de tous les membres du conseil de famille, à la rédaction du contrat anténuptial, n'est pas nécessaire, leur consentement est expressément requis pour la validité des donations que le mineur veut faire à l'autre conjoint, comme il l'est pour la validité de son mariage; que la loi, craignant avec raison qu'il ne fût victime de son inexpé-

rience ou de ses passions, a soumis la faculté qu'elle lui a donnée de disposer ainsi de ses biens aux mêmes conditions que la faculté de disposer de sa personne... etc. »

Sur le pourvoi, arrêt de rejet du 9 mars 1838, ainsi conçu :

« Attendu qu'il est établi, par le contrat de mariage de la demoiselle Montuy Delasalle avec le sieur Stouder, que la demoiselle Delasalle, alors mineure, a donné à Stouder, son futur époux, l'usufruit de tous ses biens propres avec dispense de caution ;

« Attendu que la cour de Douai, en interprétant la délibération du 13 avril 1834, par laquelle le conseil de famille a délégué trois de ses membres pour assister la mineure dans les actes civils qui devaient précéder le mariage, a considéré que cette délibération ne comportait pas autorisation de faire de donation ; qu'il résulte en outre de son arrêt qu'il n'a été donné aucune connaissance au conseil de famille de cette donation ;

« Attendu qu'en déclarant dans ces circonstances que les membres du conseil de famille délégués n'avaient pas reçu pouvoir d'autoriser la donation, et n'avaient pu valablement représenter à cet effet le conseil de famille, et qu'en conséquence cette donation était nulle, comme faite par une personne incapable, la cour de Douai n'a pas fausement interprété et n'a pas violé les art. 1093, 1509 et 1598 du Code civil (1)... etc. »

2621. J'ai dit, dans mon *Comm. du Contrat de mariage*, que la nullité qui résulte de l'observation de l'art. 1598 est une nullité relative à la personne du mineur (2) et dont il peut seul argumenter. C'est aussi l'opinion commune : elle se fonde sur l'art. 1123 du Code Napoléon et sur les principes généraux de la matière, d'après lesquels le mineur a un principe de consentement et de capacité qui n'a besoin que d'être fortifié par des précautions établies dans l'intérêt unique du mineur.

Cette proposition n'a pas été sanctionnée pourtant par la cour de cassation qui, par arrêt du 5 mars 1835 (3), émané de la chambre civile, a décidé que les tiers eux-mêmes peuvent se prévaloir de la nullité du contrat de mariage résultant de la minorité ; que, dans le contrat de mariage, où tout doit être fixe, stable, et où dominent des nécessités d'ordre public, la nullité cesse d'être relative pour devenir absolue ; de telle sorte qu'un tiers à qui une femme oppose son contrat de mariage, portant stipulation

(1) Devill., 38, 1, 201.

(2) N° 288.

(3) *Gaz. des Tribunaux*, du 7 mars 1835.

de dotalité, peut argumenter du défaut d'assistance et de consentement des personnes qui auraient dû la diriger, et, par là, faire décider, même après quinze ans de mariage, que ce contrat de mariage est nul, et que cette femme est mariée sous le régime légal de la communauté, et non sous le régime dotal. Cet arrêt, rendu sous ma présidence, mais non sans de grands scrupules de ma part, aurait peut-être besoin de s'appuyer sur d'autres décisions pour dissi-

per tous les doutes. Quoi qu'il en soit, il existe, et il faut en tenir grand compte. On comprend l'influence qu'il exerce sur l'interprétation de l'art. 1093. Tout tiers qui y aura intérêt pourra faire déclarer nulles et comme non avenues les donations faites dans les contrats de mariage, à son futur conjoint, par un mineur non autorisé. Que ce soit au moins pour les familles un avertissement suffisant pour ne pas s'écarter de l'observation de la loi [1].

ARTICLE 1096.

Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, seront toujours révocables.

La révocation pourra être faite par la femme, sans y être autorisée par le mari ni par justice.

Ces donations ne seront point révoquées par la survenance d'enfants.

SOMMAIRE.

2632. Objet et motifs de l'art. 2096.

2633. Droit romain primitif. — Prohibition de se donner entre époux.

2634. Exceptions faites à la prohibition.

2635. Changement de la jurisprudence romaine. — Sentences-consulte proposé par Aut. Caracalla.

2636. Droit des pays de droit écrit.

2637. Pays coutumiers. — Les donations étaient en général défendues, sauf le dou motnet.

2638. Droit intermédiaire. — La prohibition est levée.

2639. Droit actuel. — Il se rapproche beaucoup du droit romain.

2640. Du caractère de la donation entre gens mariés.

2641. La donation entre époux confirmée par le silence du donateur jusqu'à sa mort, n'est-elle un effet rétroactif? — Difficultés de la question en droit romain.

2642. Suite. — Solution sous le Code Napoléon pour la donation de biens présents.

2643. Pour la donation de biens à venir.

2644. Conclusion. — La donation entre époux a une nature mixte.

2645. Capacité requise de l'époux qui donne à son conjoint. — Du mineur.

2646. La femme mariée a-t-elle besoin d'autorisation pour donner à son mari?

2647. La femme mariée sous le régime dotal peut-elle donner à son mari un de ses immeubles dotaux?

2648. De l'époux condamné à une prison afflictive perpétuelle.

2649. A quelle époque faut-il rechercher la capacité de l'époux donateur?

2650. Et celle de l'époux donataire?

2651. De la forme des donations entre conjoints. *Quid* s'il s'agit de biens présents?

2652. La transcription est-elle nécessaire pour les immeubles?

2653. *Quid* s'il s'agit de biens à venir?

2654. En ce cas, l'état estimatif des meubles est inutile.

2655. Aussi bien que la transcription pour les immeubles.

2656. Des effets de la donation entre époux, quand elle a pour objet des biens présents. — De la translation du domaine.

2657. Suite.

2658. Dans quel ordre la donation entre époux est-elle réductible?

2659. Le prédeces du donataire au donateur rend-il la donation calquée?

2660. Des effets de la donation entre époux, quand elle a pour objet des biens à venir.

2661. De la réduction.

2662. De la caducité par le prédeces du donataire.

2663. De la révocabilité des donations entre époux. — Le donateur ne peut renoncer à la faculté de révoquer. — Conséquence.

2664. La femme peut révoquer sans autorisation.

2665. En quelle forme la révocation doit se manifester.

2666. De la déclaration qu'on révoque tout testament antérieur.

2667. La révocation peut être tacite. — De l'aliénation du bien donné.

2668. De la constitution d'une hypothèque sur l'immeuble donné.

2669. De la constitution d'une hypothèque sur un immeuble déjà hypothéqué pour sûreté de la donation.

2670. La révocation ne résulte pas d'une dette contractée ni d'une condamnation civile subie par le donateur, d'ailleurs insolvable.

2671. Dans le doute il faut incliner pour le maintien de la donation.

[1] On a vu supra, n° 1126, que lorsque le mineur n'a pas accepté une donation avec les formalités de protection exigées par l'art. 935, le moyen de nullité ap-

partient non-seulement à ce mineur, mais au donateur lui-même. Cette solution repose sur l'imperfection de la donation non acceptée régulièrement.

2672. Le droit de révoquer est personnel au donateur.
— Ses créanciers ni ses héritiers ne peuvent l'exercer.

2673. Le donateur peut révoquer après la mort du donataire.

2674. La révocation a des effets absolus contre les ayants cause du donataire.

2675. Le donataire en cas de révocation restitue ce qu'il a reçu et non pas seulement ce dont il est devenu plus riche.

2676. La donation entre époux est révocable pour inexécution des conditions et pour ingratitude,

mais non pour survenance d'enfants.

2677. Notre article s'applique aux donations même indirectes. *Quid des libéralités déguisées?* Renvoi.

2678. Si un mari répudie une hérédité dévolue en second degré à sa femme, fait-il une donation révocable?

2679. Une promesse que le donateur n'a pas exécutée avant de mourir est-elle valable par cela seul qu'il ne l'a pas révoquée?

2680. Les époux ne peuvent s'interdire ni de révoquer leurs donations ni de se faire des donations.

COMMENTAIRE.

2632. Après avoir traité des libéralités que les futurs conjoints peuvent se faire dans l'acte qui régle les conventions matrimoniales, le législateur s'occupe, dans l'article 1096, de la capacité des époux de se faire des donations durant le mariage; ce second cas devait être soigneusement distingué du premier. Le contrat de mariage est un pacte domestique sur lequel la famille peut exercer une sorte de contrôle protecteur. Mais, pendant le mariage, les époux, placés sous l'influence de la vie commune et intime, sont accessibles aux erreurs des affections aveugles et à de regrettables entraînements. C'est pourquoi les lois se sont toujours inquiétées des donations entre époux; car, de mauvaises passions peuvent y trouver place à côté des meilleurs sentiments; elles peuvent usurper des libéralités qui ne se doivent qu'à une amitié sincère, à des soins désintéressés et à une suite de bons offices.

2633. Le droit romain a traité avec beaucoup de sagesse et d'étendue la matière des donations entre époux. Nous avons exposé, dans la préface de notre Commentaire du *Contrat de mariage* [1], l'origine de la prohibition de ces donations et les raisons diverses par lesquelles elle s'explique dans la société romaine. Ce ne sont pas seulement, quoi qu'en dise Plutarque [2], les égarements de l'amitié conjugale qui la firent établir; ce fut aussi l'avarice sordide des époux, stigmatisée par les moralistes [3]; ce furent encore les facilités du divorce poussées à tel point que l'époux, qui n'obtenait pas de son conjoint une donation ambitionnée par son avarice, le répudiait sans pudeur. Il devint donc nécessaire de soustraire le mariage à cet

empire de la vénéralité, et les donations entre mari et femme furent frappées de déchéance par les mœurs et par les lois.

Une circonstance remarquable, c'est que la prohibition ne s'étendait qu'aux personnes unies en mariage solennel et légitime, et que ceux qui vivaient dans cette association d'un ordre inférieur qu'on appelait concubinat [4], pouvaient, quoique cette union naturelle fut reconnue par les lois, se faire des donations [5]. Cujas, dans son Commentaire du titre du Code, *De donat. inter vir. et ux.*, indique la raison de cette différence: *Cur autem concubinae donare licet, non uxori? Quia scilicet quod plenior est affectio et dignitas conjugalit, eo fuit reframanda magis; atque nullum facerent finem donandi intricum, et spargendi munera* [6]. Ajoutons que c'était surtout la pureté et la dignité du mariage qu'on avait voulu préserver de toute atteinte, et qu'il était naturel qu'on ne se préoccupât pas d'unions moins respectables [7].

2634. Du reste, toutes les libéralités n'étaient pas indistinctement comprises dans la défense dont nous nous occupons; et d'abord les institutions d'héritier et les legs ne devant produire d'effet qu'à la mort de l'un des époux, c'est-à-dire après la dissolution du mariage, ne tombaient pas sous la prohibition, sauf la restriction des lois décimaires [8].

En second lieu, et par le même motif, on permettait aux époux de se donner à cause de mort [9]. Une libéralité toujours révocable au gré du donateur porte avec elle son préservatif contre les inconvénients qu'on voulait prévenir.

Enfin, par une interprétation équitable, on ne mettait pas dans la classe des donations prohibi-

[1] P. xxiv.

[2] *Questions romaines*, 7. En recherchant les causes de la prohibition, il ne donne que cette seule raison, à savoir, qu'entre époux l'amour doit être sans salaire ni loyer mercenaire quelconque, gratuitement et pour le regard d'eux-mêmes.

[3] Juvénal, *satire* 6; Cujas, *Recit. sol.* sous le t. do C., *De donat. inter vir. et ux.*

[4] *Influence du Christianisme*, part. 2, ch. 8.

[5] L. 31, D., *De donat.* (Papinien.)

[6] Cujas, t. IX, p. 494, B. édit. de Moëne, et sous la loi 31 de Papinien, Dig., *De donat.*, extraite du liv. II de ses réponses.

[7] De Savigny, t. IV, p. 171, trad. de Garnier.

[8] *Influence du Christianisme*, p. 2, ch. III.

[9] L. 9, § 2, l. 10, D., *De donat. inter vir. et ux.*

bées celles qui par le fait n'enrichissaient pas le donataire (1).

2635. Par la suite, les idées s'adoucirent, et comme il arrivait que les donateurs entre-vifs confirmaient assez souvent par leur testament la libéralité faite à un conjoint aimé, on se demanda s'il était bien nécessaire d'exiger cette confirmation expresse, et si on ne pourrait pas en trouver l'équivalent dans le silence du donateur gardé jusqu'à sa mort. Cette idée ne parut pas dépourvue de vraisemblance, et Antonin Caracalla, du vivant de Septime Sévère, son père, et comme associé à l'empire, proposa au sénat de rendre moins rigoureuse la loi qui défendait les donations entre mari et femme (2). Il fut en conséquence statué, sur cette proposition, que ces donations seraient confirmées par le décès du donateur arrivé durant le mariage, sans que ce même donateur se fût repenti (3). Ce nouveau système n'eût pas pour effet de rendre les donations valables *ab initio*; tant que le décès n'était pas arrivé, en elles-mêmes, elles étaient inutiles (4). Seulement, le décès sans repentir leur donnait une efficacité qu'elles ne pouvaient pas dans leur principe. Il les confirmait rétroactivement (5).

2636. Tel est le dernier état du droit romain sur les donations *inter virum et uxorem*. C'est cette jurisprudence introduite par Antonin Caracalla qu'on suivait en France dans les pays de droit écrit (6).

2637. Dans les pays coutumiers, d'autres idées avaient prévalu. Le plus grand nombre des coutumes, notamment celles de Paris et d'Orléans (7), défendaient toutes donations et tous avantages directs ou indirects entre mari et femme, pendant le mariage, les libéralités testamentaires aussi bien que les donations entre-vifs. D'autres ne mettaient obstacle qu'aux donations entre-vifs et permettaient les donations testamentaires (8). Mais, presque partout, même à Paris et à Orléans, on autorisait entre époux les dons mutuels sous certaines conditions et quant à certains biens (9). Nous n'entrerons pas dans le détail des coutumes divergentes : on

peut en lire un résumé méthodique dans Potbier (10).

Pour arriver à cette rigueur, le droit coutumier partait de cette idée, à savoir « que, durant « le mariage, l'amitié se doit entretenir et con- « server par honneur et en l'intérieur du cœur, « et non par dons (11); » « ce qui était une des raisons fondamentales du droit romain, laquelle raison, dit Coquille (12) « est pleine d'honneur, « à ce qu'il ne semble que l'amitié, concorde, « et gracieux traitement soit à vendre, et pour « faire connaître qu'au cœur est la vraie amour, « et non en l'extérieure. »

Mais ce motif n'était pas le seul. Il n'aurait pas suffi pour faire dépasser les rigueurs du droit romain; il y en avait un autre plus capital, peut-être, et qui se tirait des tendances conservatrices du droit coutumier. « La raison, « dit Ferrière (13), pour laquelle nos coutumes « se sont écartées des lois romaines, en défen- « dant aux conjoints par mariage toutes espèces « d'avantages et donations, est fondée sur le « soin et le désir de conserver les biens dans les « familles, qui a servi de fondement à la plus « grande partie des dispositions coutumiè- « res, etc. On a considéré que l'Etat ne se peut « maintenir que par ce moyen; autrement, les « conjoints par mariage, qui n'auraient point « d'enfants, se donneraient tous leurs biens l'un « à l'autre, et feraient passer des successions « opulentes dans des familles étrangères (14). »

Mais n'était-ce pas dépasser la mesure de la rigueur et outrer le sentiment naturel qui tend à conserver les biens dans les familles? Ferrière le reconnaissait, et je cite avec plaisir son observation pleine de sagesse :

« Cette disposition de la coutume, dit-il, « parait très-rigoureuse, d'interdire ainsi aux « maris et aux femmes tous les moyens d'exer- « cer la rémunération et la gratitude l'un en- « vers l'autre, et d'être obligés de laisser leurs « biens, au défaut d'enfants, à des héritiers « collatéraux, lesquels sont souvent inconnus « ou indignes de recevoir leurs biens en cette « qualité. »

Bourbonnaise, art. 226; Poitou, art. 209.

[9] Coquille, *Inst. au droit français*, eh. des droits des mariés.

[10] Des donations entre mari et femme, art. 1, n° 7.

[11] Coquille, quest. 149.

[12] Institution au droit français. Des gens mariés, p. 66, édit. de 1703.

[13] Art. 282, cout. de Paris, gloss. 1, n° 6.

[14] Junge casuel, 21 décembre 1818 (Devill., 3, 1, 363). Cet arrêt, sur lequel nous reviendrons plus bas, n° 2680, expose très bien le principe de la prohibition coutumière.

[1] *Infra*, n° 2675.

[2] L. 32, D., De donat. inter vir. et ux.

[3] L. 1 et l. 25, C., De donat. inter vir. et ux.

[4] *Infra*, n° 2636.

[5] *Infra*, n° 2641.

[6] Furgole sur l'ordonnance de 1751, art. 16. Despeisses, *Des contrats*, p. 1, l. XIV des Donations, sect. 1, n° 24. Guy Rousseau de la Combe, *Des Donat.*, sect. iv, dist. 1.

[7] Paris, art. 282; Sens, 71; Auxerre, 228; Orléans 280; Blois, 174; Bourgogne, 26; Anjou, 328; le Maine, 340.

[8] Nivernais, ch. 23, art. 27; Reims, art. 291;

Néanmoins, la jurisprudence se maintenait avec sévérité dans l'esprit originaire des coutumes, et l'on frappait non-seulement les donations apparentes et proprement dites, mais encore les contrats à titre onéreux qui n'avaient pas une cause nécessaire, de peur qu'ils ne dissimulassent des avantages indirects. La coutume de Normandie était formelle en ce sens : « Gens mariés ne peuvent céder, donner » ou transporter l'un à l'autre quelque chose » que ce soit, ni faire contrats ou confessions, » par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre en tout ou en partie [1]. » Les coutumes de Nivernais [2] et de Bourbonnais [3] s'en expliquaient également. « Cela, dit Pothier, a pareillement lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées : c'est pourquoi Dumoulin sur l'article 256 de l'ancienne coutume de Paris, n° 3, pose pour maxime que des conjoints par mariage ne peuvent, pendant leur mariage, faire aucun contrat entre eux sans nécessité : *nultum contractum etiam reciprocum facere possunt nisi ex necessitate* [4]. »

2639. Le droit révolutionnaire qui, sur aucun sujet, ne profita de l'enseignement du passé, s'abandonna à son inexpérience, en ce qui concerne les donations entre mari et femme; il n'adopta ni les rigueurs du droit coutumier, ni les tempéréments du droit romain, et il laissa aux époux toute latitude pour s'avantager [5]. « La plupart de nos statuts locaux, a dit un auteur qui avait assisté à l'élaboration des lois de cette époque [6], faisaient cette injure à l'humanité de supposer que le plus adroit ou le plus fort des époux était toujours prêt à dépouiller l'autre; il ne leur était pas permis dans la plupart de nos coutumes de se gratifier du moindre don par testament; et par une bizarre contradiction, la loi qui commandait de s'aimer à des personnes liées par des nœuds indissolubles, leur interdisait le témoignage le plus sûr et le plus précieux de l'attachement, les bienfaits... La loi du 17 nivôse est venue affranchir de toutes entraves ce sentiment de bienveillance et d'estime réciproque qui fait le charme d'un pareil état. Elle a ouvert une carrière de bienfaisance sans bornes, même pendant le cours du ma-

riage, aux époux qui n'ont pas d'enfants. » Du reste, la loi de l'an 11 n'avait tranché la question des donations entre époux dans le sens de leur irrévocabilité que par son silence et l'abrogation des lois antérieures. Comme elle contrariait des opinions reçues et des habitudes invétérées, elle souleva d'assez vives contestations [7]. Nous n'insistons pas sur des controverses qui s'éloignent de nous, et nous arrivons au Code Napoléon.

2639. Par l'art. 1096, il a condamné le système coutumier réprouvé déjà par beaucoup de ses interprètes; toujours soucieux de se régler sur les inspirations du droit naturel, il a vu que c'était moins le droit naturel que la prévoyance ombrageuse du droit civil qui avait prohibé les donations entre époux [8]. Il s'est donc rapproché du droit romain, plus conforme au droit naturel, puisqu'il voulait que de tels actes fussent traités *non amare nec tanquam inter vivos, sed ut inter conjunctos maximo affectu* [9]. Seulement, tandis que le droit romain les considérait comme inutiles dans l'origine, mais susceptibles de confirmation, le Code les tient pour valables dans l'origine, mais susceptibles de révocation. Il déclare donc par notre article que les époux ne pourront se faire que des donations essentiellement révocables. Il a de cette manière concilié l'affection avec l'indépendance, la pureté du mariage avec la récompense des soins et de la tendresse d'un conjoint envers l'autre. La donation exprime un sentiment d'affection qui dérive du mariage. Mais la révocabilité permet à un époux de ressaisir ce que les obsessions de l'autre lui auraient arraché; elle encourage le donataire à persévérer dans son dévouement, pour que le donateur persévère dans sa libéralité.

2640. Ceci posé, voyons quel est le caractère de la donation entre gens mariés?

La difficulté vient de ce que cette sorte de donation a des points de conformité remarquables avec la donation entre-vifs et les libéralités à cause de mort, et que la faveur du mariage y a fait introduire des particularités qui choquent la rigueur des principes du droit [10]. Il faut donc s'attendre à trouver ici des anomalies; et pour répondre tout de suite à la question posée, nous dirons que la donation entre époux n'est

[1] Ch. 15, art. 410.

[2] Ch. 23, art. 27.

[3] Ch. 10, art. 226.

[4] *Loc. cit.*, n° 78. Notre Comm. de la Vente, n° 178.

[5] Loi du 17 nivôse an II, art. 14 et 61.

[6] Vernell, Code des successions, cité par Deville-neuve, 41, 1, 303.

[7] Cassal, 1^{er} juin 1814 (Devill., 4, 1, 374).

Cassal, 29 janvier 1835 (Devill., 35, 1, 267). Cassal, ch. civiles, 22 mars 1841 (Devill., 41, 1, 305). Rej.,

24 décembre 1845 (Devill., 45, 1, 157). Contre Rouen, 22 juillet 1821 (Devill., 6, 2, 452).

[8] Mantica, de Test., 21, 1, 5.

[9] Paul, l. 28, § 2, D., De donat. inter vir. et uxor.

[10] L. 13, § 1, D., De donat. int. vir. et uxor.

ni une donation entre-vifs proprement dite, ni une libéralité à cause de mort dans la pureté des principes, mais qu'elle est un mélange des deux. Le chapitre que nous commentons nous a déjà montré bien des singularités analogues.

Pretons pour exemple une donation de biens présents faite à la femme par son mari; il y en a de nombreux exemples dans la jurisprudence.

En pareil cas, la donation entre gens mariés tient de la donation entre-vifs, soit à cause du motif originaire, soit sous le rapport de la forme. Sous le rapport du motif principal et primitif (1) : car le donateur a voulu se dépouiller, et il a écarté de sa pensée l'éventualité ultérieure d'un pénible repentir. Sous le rapport de la forme : car l'acte n'étant pas un testament ne trouve sa place que dans la catégorie des solennités des donations. Vainement objectera-t-on qu'il n'est pas possible de concevoir une donation entre-vifs de conjoint à conjoint, puisque le droit de révocation y est sous-entendu. Si on prétend que pareille donation n'est pas une donation entre-vifs pure et sans mélange, on a raison, et personne n'a dit le contraire. Nous disons seulement qu'elle a beaucoup de rapports avec la donation entre-vifs, et qu'il faut tenir compte de ce dernier élément. Que disent, en effet, les textes ?

D'abord par ces termes de l'art. 1096, « quoi-que qualifiées entre-vifs, » le législateur fait déjà entendre que la révocabilité n'est pas un obstacle à ce que ces donations soient qualifiées entre-vifs. L'art. 1097 est plus positif : il défend aux époux de se faire des donations entre-vifs mutuelles par un seul et même acte; donc ils peuvent se faire des donations entre-vifs par des actes séparés. L'article 947 fortifie cette vérité. Il excepte des art. 943, 944, 945 et 946 les donations entre-vifs faites entre époux pendant le mariage. Donc tous les autres articles qui régissent les formalités et les conditions des donations entre-vifs sont applicables aux donations que les époux se font par acte entre-vifs pendant le mariage (2).

Mais les libéralités entre époux diffèrent des donations entre-vifs, et ressemblent aux dispositions testamentaires en ce qu'elles sont révocables *ad nutum*, nonobstant toute clause contraire; elles sont, comme les legs, soumises à la

volonté ambulatoire de l'homme. Par là, elles prennent un caractère exceptionnel, et elles échappent à la règle « donner et retenir ne vaut; » elles sont susceptibles des clauses qui sont interdites dans les donations pures, par exemple dons de biens à venir, don d'une succession, réserve de conditions potestatives, etc., etc. (3).

De tout cela il suit que la donation entre gens mariés ne peut pas être rapportée à un type unique. Elle emprunte des caractères divers à des principes différents. Il faut un éclectisme prudent pour ne pas s'égarer sur ses effets pratiques.

2041. C'est ce que nous prouvons sur-le-champ, en posant la question de savoir si la donation, confirmée par le silence et la mort de l'époux donateur, a un effet rétroactif au jour où elle a été faite? Si on fait incliner la donation entre époux vers la donation entre-vifs, elle doit produire son effet *statim*, et la mort la confirme *ab initio*. Si au contraire on fait prévaloir en elle le caractère de libéralité à cause de mort, il faut répondre qu'elle ne transporte la propriété qu'à compter du jour du décès.

Les interprètes du droit romain sont très divisés sur la solution, quoique la loi 25 au C., *De donat. inter vir. et uxor.* décide formellement que le décès sans révocation produit un effet rétroactif.

Accurse (4), Bartole (5), Balde (6), Covarruvias (7), Gomez (8), Mantica (9) et autres voulaient que la confirmation de la donation ne produisit d'effet rétroactif que quant aux fruits, et aussi pour empêcher que le donataire ne fut tenu des dommages par lui faits à la chose donnée. Mais ils prétendaient qu'à l'égard du domaine il n'y avait pas d'effet rétroactif, et que sous ce rapport, la chose ne passait au donataire que par la mort de son conjoint. Alexandre assure que c'est l'opinion commune.

Au contraire, la glose sur la loi 68 *Sequens questio*, D., *De legatis* 2^e, Imola, Aretinus et particulièrement Fachinée (10) enseignent que la donation entre mari et femme produit un effet rétroactif même pour le domaine, qui est censé donné au donataire à compter du jour de la donation. Ils se fondent sur ce que la loi 25 ne distingue pas. C'est aussi la doctrine de Cujas (11), Voet (12), Pothier (13) qui disent en

[1] Cujas, *Recit. ad. sur le l. du C., De donat. inter vir. et ux.* « *Hec enim fuit (ab initio) donatio inter vivos.* »

[2] Voy. on réquisitoire de Merlin, *Repert.*, v^o *Donat.*, sect. xi.

[3] Art. 947 et 1086. *Supra*, n^o 1227.

[4] Sous la l. 25, C., *De donat. inter vir. et uxor.*

[5] Sur la l. *si is qui pro emptore*, n^o 3, *De usucapionibus*, et sur la loi 2, n^o 4, C., *De inoff. donat.*

[6] Sur la loi 25, C., *De donat. inter*

[7] In rubr. de test., n^o 3, p. 205.

[8] *Varier. resol.*, t. II, cap. 3, n^o 25.

[9] *De tacitis et ambiguis*, 21, 7, 24.

[10] *Controu.*, l. 3, ch. 73.

[11] *Recit. solenn.*, sur le l. du C., *De donationibus inter virum et uxorem*, vers la fin.

[12] *De donat. inter vir. et uxor.*

[13] Dans ses *Pand.*, t. II, p. 52, n^o 77.

général que la confirmation fait valoir la donation du jour de sa confection et donnent à la rétroactivité l'effet le plus étendu [1].

On s'étonne au premier coup d'œil que le texte précis de la loi romaine n'ait pas fait laire les controverses. Mais la surprise diminue quand on coordonne cette loi avec certaines règles du droit romain et avec d'autres textes.

Et d'abord, il est certain que par le droit romain la donation entre époux était inutile dans son principe et qu'elle ne transférait pas par elle-même le domaine de la chose [2]. On éprouvait donc des difficultés pour consentir à ce que la confirmation produisît rétroactivement un effet nouveau et non attaché de plein droit au contrat originaire.

Ce n'est pas tout, et la loi 25, C., *De donat. inter vir. et uxor.*, entendue dans le sens d'un effet rétroactif quant au domaine, paraissait difficilement s'accorder avec la loi 12, C., *ad legem Falcidiam*, qui soumet à la Falcidie les donations entre mari et femme [3]. Comment, en effet, était-il possible qu'on retranchât la Falcidie des donations entre mari et femme si la translation du domaine remontait au jour de la donation? La Falcidie ne se prenait que sur les biens laissés à cause de mort comme legs, fidéicommiss, mais jamais sur les donations entre-vifs [4].

Mais Cujas concilie très-bien ces deux ordres d'idées, en disant que la donation a été originellement entre-vifs, mais qu'ayant besoin d'être confirmée par la mort du donateur, elle peut être envisagée comme donation à cause de mort pour souffrir la Falcidie.

Quant à la difficulté tirée de l'inutilité originelle de la donation, Cujas y répond par le texte général et absolu de la loi 25, qui veut que la confirmation rétroagisse pleinement soit pour le droit soit pour le fait. Il montre d'ailleurs que puisque la donation vaut *jure confirmationis*, elle ne saurait avoir des effets aussi limités que si elle valait *jure legati*.

2642. Quoi qu'il en soit de ces discussions et de ces conciliations, il est certain que, dans l'esprit du Code Napoléon, il faut à plus forte

raison décider que si une donation de biens présents se fait entre époux, le décès du donateur sans révocation fait remonter la translation de la propriété au jour du contrat, et le donataire doit être considéré comme ayant été propriétaire *ab initio* avant la mort du donateur. Ainsi que nous l'avons dit, la pensée primitive de l'acte est une donation entre-vifs; il faut donc autant que possible lui assurer les effets qui concilient cette pensée avec le droit de révocation. Le donateur s'est dessaisi; il a transféré la propriété au moment du contrat. A la vérité, il a subordonné cette translation à une condition résolutoire [5], c'est-à-dire à un droit de révocation; mais ce droit n'empêche pas la translation du domaine actuellement. C'est là un des traits caractéristiques de la donation entre mari et femme sous le Code Napoléon [6]. Elle n'est pas inutile *ab initio*, sauf à être confirmée rétroactivement; elle est valable et translatrice *ab initio*, sauf à être révoquée ultérieurement.

2643. Mais si le donateur fait porter sa libéralité sur ses biens à venir, sur les biens qu'il aura à son décès, dans ce cas il a manifesté clairement la volonté de suspendre l'effet de la donation jusqu'à sa mort, de ne se dépouiller de rien de son vivant. Tel est le propre des donations de biens à venir; elles sont plutôt un don de succession. On ne leur appliquera donc pas les idées que nous avons développées aux numéros précédents et qui ne sont vraies que dans le cas de donations de biens présents.

2644. De tout ce que nous venons de dire sur les différences qui séparent la donation entre gens mariés et les libéralités entre-vifs ou testamentaires, il résulte que la donation dont s'occupe l'article 1096 est une donation anormale et mixte, qui participe de l'une et de l'autre, et qu'il faut décider les questions qui s'y rapportent soit par des règles particulières, soit par des analogies tirées suivant les cas des règles de la donation entre-vifs ou des libéralités testamentaires [7]. A l'aide de cette proposition, nous examinerons successivement ce qui a rapport à la capacité, à la forme et aux effets de cette donation.

[1] Junge de Savigny, § 163, t. IV, p. 188, trad. de Guenou.

[2] *Iufrà*, n° 2656.

[3] En voici le texte : *In donationibus inter virum et uxorem factis legem Falcidiam habere locum, quando fideicommissi partibus funguntur, nonnulli juris placitum comprehensum est.*

Ces mots : *quando fideicommissi partibus funguntur*, doivent s'entendre dans ce sens : « Lorsqu'elles ont le soin de la mort du donateur pour être confirmées. » (Voet, *ad leg. Falcid.*, n° 4.) Car il y avait des donations entre mari et femme qui étaient parfaites statim

et n'étaient pas révocables; celles, par exemple, qui n'approuvaient pas l'époux donateur.

[4] Cujas sur le tit. du C., *De donat. inter vir. et uxor.*

[5] Voy. l'important arrêt rapporté, *infra*, n° 2670.

[6] *Iufrà*, n° 2656 et *supra*, n° 2633.

[7] Voy. Delvincourt, t. II, p. 448, édit. de 1834. Toullier, t. V, n° 918. Voy. Coïn-Delisle sur l'art. 893, n° 7. Rolland de Villargues, *Repert.*, v° *Donat. entre époux*, n° 53. Zacharie, § 744, t. V, p. 317, édit. Aubry et Rau. Demolombe, *Recue crit. de jurispr.*, 1851, t. I, p. 481. Arrêt du conseil du 12 avril 1843, cité au n° 587, *supra*.

2645. Quant à la capacité, on peut établir une règle générale : c'est que ceux qui, étant incapables pour tout le reste, n'ont de capacité que pour faire un testament, ne peuvent pas faire de donation du genre de celle qui nous occupe. Tels sont les mineurs. Ils ne peuvent aucunement disposer, dit l'article 905, si ce n'est par testament ; ce qui est une exception considérable à leur état général d'incapacité. Or, la donation entre époux étant autre chose qu'un testament, cette donation se trouve placée en dehors de la capacité du mineur [1]. On ne peut sortir de l'exception toute spéciale faite en faveur du testament et étendre cette exception à d'autres cas non prévus, sans altérer l'état qui domine la personne du mineur ; quand il s'agit d'une donation non testamentaire, le mineur est assimilé au furieux ou à l'imbécile.

Et notez qu'il n'y a pas à distinguer si l'époux mineur a disposé par acte entre-vifs de ses biens présents ou des biens qu'il laisserait à son décès ; quoique dans ce dernier cas, il ne se dépouille pas de son vivant, la donation n'est pas moins nulle que s'il donnait en se dessaisissant *statim* (2). Car, de quelque manière que ce soit, il y a autre chose qu'un testament, et par conséquent incapacité radicale et native ; que la donation soit actuelle, qu'elle soit différée, la faiblesse intellectuelle du mineur est la même et la séduction est aussi facile.

Il est vrai qu'au premier coup d'œil on peut trouver singulier qu'un mineur, qui pourrait donner par testament une partie de sa succession, ne le puisse pas par un acte entre-vifs dont les effets, reportés au décès du disposant, ressemblent beaucoup à ceux du testament. Mais en y regardant de plus près, la surprise disparaît. Dans le testament, le mineur agit seul et mystérieusement. On peut dès lors supposer plus facilement qu'il n'a obéi qu'à lui-même. Mais dans une donation, qui se fait à deux, il faut toujours craindre et présumer la coaction de la part de l'autre contractant. Sa présence à elle seule milite contre lui et le rend suspect. C'est pourquoi la loi restitue de plein droit le mineur, ou, en d'autres termes, rejette comme nul un contrat où une volonté étrangère est venue se mêler à celle du mineur et la vicier (3).

2646. Puisque la capacité du disposant se règle par le genre de capacité propre aux donations entre-vifs, et que la femme mariée ne peut

donner entre-vifs qu'avec le consentement de son mari, on demande si la femme doit être autorisée pour donner à son mari pendant le mariage. Cette question est presque oiseuse ; car, de ce que le mari accepte la donation faite à son profit, il s'ensuit qu'il approuve ce que fait sa femme et qu'il y donne son consentement.

Du reste, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, la femme peut donner pendant le mariage à son époux médecin qui la soigne dans sa dernière maladie. La qualité de mari efface celle de médecin et fait cesser les méfiances de la loi (4).

2647. Voici maintenant un cas où au lieu de prendre notre point de départ dans la donation entre-vifs proprement dite, il vaut mieux le chercher dans les règles du testament. C'est celui où la femme donne à son mari une chose faisant partie de sa dot inaliénable. On sait qu'en principe la femme mariée sous le régime dotal qui peut donner par testament, ne peut aliéner par acte entre-vifs son immeuble dotal ; mais l'aliénation qui résulte de la donation faite par la femme au mari *constante matrimonio*, n'a aucun des caractères qui ont déterminé le législateur à prononcer l'inaliénabilité du fonds dotal. Les époux ne s'appauvrissent pas ; leur crédit reste le même. Le mari a même un intérêt plus direct à conserver et à soigner un immeuble dont il a l'espoir d'être un jour propriétaire. D'ailleurs, la femme peut révoquer sa donation, et elle ne manquera pas de le faire s'il survient des causes de séparation ; tout est donc sauvé, et l'on ne concevrait pas la rigueur qui verrait une aliénation telle qu'il la faut à la loi, dans une donation de la nature de celle qui nous occupe ici. Il faut donc dire que c'est par l'analogie tirée du testament que l'on doit se décider, et non par celle de la donation entre-vifs proprement dite (5).

C'est ce qu'a très-bien jugé un arrêt de la cour de cassation du 1^{er} décembre 1894.

Les époux Langlois s'étaient mariés sous l'empire de la coutume de Normandie. Cette coutume déclarait inaliénables les immeubles dotaux de la femme ; mais elle en permettait la disposition par testament, absolument comme notre Code.

En l'an xii, la femme Langlois fit donation à son mari d'une pièce de terre faisant partie de ses biens dotaux.

La validité de la donation ayant été contestée,

[1] *Supra*, n° 587, où se trouve cité un arrêt de cassat. du 12 avril 1845. *Junge Paris*, 10 nov. 1820 (Devill., 6, 2, 524). Voy. aussi *supra*, n° 2621.

[2] Cassat., 12 avril 1845, précité, et Paris, 10 novembre 1820, précité.

[3] *Junge* Toullier, 4. V., n° 925. Duranton, 1. VIII,

n° 184. Coin-Delisle sur 1095, n° 9. Zachariæ, 1. V, p. 550. Contrôl., Delvincourt, 1. II, p. 197. Vazeille sur 904, n° 2.

[4] N° 642.

[5] Notre traité du *Contrat de mariage*, n° 3273.

la cour de Caen se prononça pour l'affirmative. Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par l'arrêt précité de la cour de cassation :

« Attendu que la coutume de Normandie, en « prohibant l'aliénation des biens dotaux par la « femme, n'annule que les actes d'aliénation « effective par lesquels la femme serait dès à « présent et irrévocablement dépouillée de tout « ou partie de sa propriété dotale ; mais que la « prohibition ne s'étend pas aux dispositions « qui sont révocables de leur nature, pendant « tout le cours du mariage, et qui ne deviennent définitives que par le décès ; qu'ainsi la « femme normande peut, comme toute autre, « donner par testament, et que le legs de son « bien dotal est valable ; que la donation faite « entre époux pendant le mariage, quoique qualifiée entre-vifs, est toujours révocable aux « termes de l'article 1096 du Code civil ; que « cette révocabilité lui imprime le caractère et « les effets de la donation à cause de mort : « d'où la conséquence que la donatrice n'ayant « point été dépouillée de son vivant, il n'y a « point eu de transmission réelle à l'époque du « contrat, et que l'arrêt attaqué, en jugeant que « ce n'était pas là une aliénation dans le sens « de la coutume, a fait une juste application de « ses dispositions... », etc. [1]. »

On a cependant contesté la légitimité de cet arrêt [2]. C'est à peu près ce qu'auraient fait à Rome ceux qui se seraient opposés à appliquer aux donations entre époux la *quarte Falcidia* [3].

Pour ébranler l'arrêt du 1^{er} décembre 1824, on lui oppose l'arrêt du 12 avril 1843 cité ci-dessus [4] qui décide que le mineur est aussi incapable de faire une donation entre époux qu'une donation entre-vifs proprement dite. Mais on ne fait pas attention que le premier a en vue un statut réel, le second un statut personnel ; que les raisons qui font mettre le fonds dotal en dehors des biens dont la femme mariée a la disposition, n'ont rien de commun avec celles qui placent le mineur dans un état d'incapacité ; que l'incapacité du mineur vient de l'infirmité de son jugement, tandis que l'inaliénabilité du fonds dotal s'appuie sur des raisons d'économie domestique et de conservation. Or il suffit que ces motifs d'économie privée soient respectés, il suffit que le bien dotal ne soit pas enlevé à la famille et qu'il y reste au contraire comme sa dernière planche de salut, pour qu'on ne doive pas ranger parmi les actes d'aliénation prohibés

un acte qui n'aliène pas l'immeuble dotal. Le mineur est incapable de droit ; il n'y a d'exception à cette règle qu'en matière de testament. Tout ce qui ne rentre pas précisément dans l'exception reste donc dans la règle générale. Mais la femme capable de tous les actes d'aliénation avec l'autorisation de son mari, ne se trouve exceptionnellement liée dans l'exercice de son droit qu'en ce qui concerne le fonds dotal. La capacité habituelle de la femme doit donc l'emporter toutes les fois que le principe conservateur de la dot reste intact ; car on maintient la règle générale quand il n'y a pas lieu à l'exception. La cour de cassation a donc eu raison d'assimiler sous ce rapport la donation entre époux à une disposition à cause de mort. Et en effet, elle ne fait pas plus de mal à l'inaliénabilité du fonds dotal que le testament. C'est d'ailleurs le cas d'appliquer la règle de Paul : « *Et sane non amari, nec tanquam inter infantos fuis, prohibito donationis tractandum est; sed ut inter conjunctos maximo affectus et solam inopiam timentes* [5]. »

2648. Il nous reste à parler d'une dernière cause d'incapacité.

Avant la loi du 31 mai 1854, la mort civile dissolvait le mariage [6], et par conséquent ne pouvait pas s'élever la question de savoir si la mort civile rendait incapable de faire ou recevoir une donation entre époux. Aujourd'hui, les peines perpétuelles qui entraînaient la mort civile et rompaient le mariage, n'ont plus cet effet ; mais elles rendent encore incapable de donner et de recevoir à titre gratuit [7]. D'où il suit que si un époux est frappé d'une peine afflictive perpétuelle, une donation entre lui et son conjoint est, non pas révocable, mais absolument nulle.

2649. Maintenant, il faut savoir à quelles époques on doit considérer la capacité du donateur et du donataire dans la donation entre mari et femme. La nature mixte de cet acte fait toute la difficulté de ce point, comme dans plusieurs des hypothèses que nous examinons tout à l'heure.

Voyons d'abord ce qui concerne le donateur. D'après les règles exposées ci-dessus [8], le testateur doit être capable aux deux temps, et de la confection du testament, et de son décès. Le donateur, au contraire, doit être capable au temps de la donation et au temps de l'acceptation, mais non à celui de sa mort. Laquelle des

[1] Devill., 7, 4, 374.

[2] *Revue critique de jurispr.*, 1851, p. 418 et suiv., article de Demolombe.

[3] *Supra*, n° 2641.

• Voy. *supra*, n° 2643.

[5] L. 28, § 2, D., *De donat. inter vir. et uxov.*

[6] Art. 25 du C. Nap.

[7] *Supra*, n° 511.

[8] Nos 430 et 440.

deux capacités doit être préférée à l'autre dans la donation entre époux ?

Les lois romaines décident qu'il suffit que le donateur soit capable au temps de la confection de la donation, c'est-à-dire au temps où l'acte est passé et accepté. Elles veulent que si le donateur tombe en état de mort civile, la donation entre conjoints soit confirmée de même que par la mort naturelle [1]. D'où il suit 1^o que la capacité à l'instant du décès ne doit pas être considérée ; 2^o qu'il y a sur ce point une grande différence entre les dispositions de dernière volonté et la donation entre gens mariés. Car les premières sont caduques par la mort civile du donateur ; les secondes, au contraire, trouvent leur confirmation dans cette mort civile : « *Et quod maxime notandum est hac in re donatio facta inter maritos non est instar donationis mortis causæ. Nam donatio mortis causæ, ut quolibet ultima voluntas irrita fit damnatione donatoris, quæ irrogat servitutem. Donatio autem inter maritos tantum abest ut irrita fiat servitute donatoris ut maxime confirmetur* » [2].

Mais pourquoi le droit romain préfère-t-il ici le caractère de la donation au caractère testamentaire ? Pourquoi la validité d'une donation qui doit être confirmée par la mort, et qui, par là, a tant d'affinité avec le testament, se décide-t-elle par les principes de la donation entre-vifs ? C'est que les jurisconsultes romains, si habiles à saisir les nuances des questions et à se plier à l'équité, ont été frappés de la rigueur extrême qu'il y aurait à priver d'une libéralité acquise par de bons offices un époux déjà assez malheureux par la condamnation, la démence, l'imbécillité de son conjoint, survenues après la donation. *Humanum est*, dit Ulpien dans la loi 13, § 1, D., *De donat. inter vir. et uxor.* Et ce mot résume toute la pensée du droit romain à cet égard. A quoi la loi 24, C., *De donat. inter vir. et uxor.*, ajoute : « *Donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus collata in uxorem, quia pudicitie præmio cessit, observantia sit, tanquam si maritum ejus natura non pœna subduzerit*. » Plus haut elle avait dit : « *Nec atheni criminis infamiam adstringi uxorem*. » On ne saurait rien dire de plus moral, de plus équitable et de mieux exprimé.

Cette décision doit être suivie, à plus forte raison, sous le Code Napoléon, qui ne considère pas la donation comme inutile *ab initio*.

Si donc, par exemple, après la donation, le donateur était frappé d'aliénation mentale, il ne faudrait pas cruellement enlever au donataire le bénéfice de la libéralité. On devrait agir comme si le donateur était mort au moment où il a perdu la raison [3].

2650. Passons à la capacité du donataire. Un premier point est certain [4], c'est que la capacité du donataire est nécessaire au temps de l'acceptation, solennité importante à laquelle on ne peut prendre part qu'avec le droit d'acquiescer, avec une capacité passive, puisque c'est cette solennité qui donne la vie au contrat. Nous n'ignorons pas que, lorsque la donation à cause de mort était en vigueur, il suffisait que le donataire fut capable au temps du décès. Mais remarquons que la donation à cause de mort ne rétroagissait pas en général, tandis que par la confirmation la donation entre époux rétroagit, et qu'on ne peut faire rétroagir une chose à un temps où l'on était incapable [5]. Ajoutons que sous le Code Napoléon la validité fait plus que rétroagir ; elle est contemporaine de l'acte ; il faut donc être capable quand cet acte se consomme.

Mais la capacité du donataire au moment de l'acceptation de la donation suffit-elle ? Est-il indifférent qu'il soit devenu incapable à la mort du donateur ? D'après le droit romain, le donataire devait être capable au moment du décès du donateur, puisque c'était cet événement qui consolidait la donation. Telle est la décision formelle d'Ulpien dans la loi 32, § 6, D., *De donat. inter vir. et uxor.* Comment concevoir, en effet, une confirmation possible de la donation, lorsque le donataire n'est pas apte à en profiter ? Ulpien est d'autant plus fort dans sa solution, que, d'après le droit romain, solennellement déclaré dans la loi 18, au C., *De donat. inter vir. et uxor.*, émanée des empereurs Dioclétien et Maximien, le prédécès du donataire faisait obstacle à la confirmation. Car il n'y a pas possibilité de confirmer une donation quand le donataire n'existe plus [6]. Or, la mort et l'incapacité du donataire sont ici deux analogues.

[1] L. 13, § 1, D., *De donat. inter vir. et uxor.* L. 24, C., *ibid.*

[2] Cujas sur le titre du Code, *De donat. inter vir. et uxorem*. Remarque qu'il ne s'agit que de la servitude de la peine, celle qui résulte d'une condamnation. Il en serait autrement dans le cas où le donateur deviendrait par une cause quelconque l'esclave d'un particulier : la donation s'évanouirait. L. 31, § 1, D., *De donat. inter vir. et uxor.*

[3] Grenier, n° 433, I, IV, p. 430, et Bayle-Mouillard

son annotateur, *ibid.* ; Toullier, n° 920 et 921. Delvincourt, I, II, p. 449. Zachariæ, I, V, p. 356 et 351. Contré, Duranton, n° 778.

[4] Sapien, n° 441.

[5] Bartole sur la loi *in qui pro emptore*, 15, D., de *usucap. Fuchine, contr.*, lib. 3, ch. 76. « *Retroactio non habet locum nisi extremum ad quod sit habile*. »

[6] C'est la remarque de Pothier sur cette loi, Pand., *De donat. inter vir. et uxor.*, n° 78.

Pour que la volonté de consolider la donation soit efficace, pour qu'elle ait un objet auquel elle s'applique, il faut qu'elle trouve un donataire vivant et capable.

La décision d'Ulprien, conservée dans les pays de droit écrit, s'était donc transmise jusque dans ces derniers temps comme l'expression d'une vérité juridique incontestable. On tenait pour constant que, la donation étant en suspens jusqu'à la confirmation par la mort, il fallait que le donataire fût capable à ce moment décisif, qu'il sauve et purifie la libéralité.

Sous le Code Napoléon, il n'est plus possible d'adopter cette jurisprudence. La donation n'est pas inutile *ab initio*; elle est bonne et valable; elle produit des effets immédiats; elle saisit et transmet la propriété *hic et nunc*. Il est vrai qu'elle est soumise à une condition résolutoire. Mais il n'est pas nécessaire que le donataire soit capable au moment où la donation, déjà complète, ne fait que se raffermir par le silence et le fait négatif du donateur. Le donataire n'acquiesce pas de nouveau la chose; il l'avait déjà acquise (1); elle devient seulement incommutable dans ses mains, et la disposition demeure définitive (2).

Il n'en sera autrement que lorsque la donation entre époux aura pour objet les biens à venir, les biens qui seront dans la succession du donateur. Dans ce cas, le caractère testamentaire domine trop énergiquement, pour qu'on puisse ne pas exiger la capacité du donataire au moment où s'opère l'acquisition par la mort du disposant. Si donc l'époux donataire est, avant cette époque, condamné à une peine afflictive perpétuelle, la donation ne s'exécute pas; car, lorsqu'elle pourrait s'exécuter, elle ne rencontrerait personne qui soit capable de la recueillir. C'est le cas d'appliquer ici la loi romaine : « *Proinde et si ipse in servitutem redigatur, cui donatum est, extincta erit donatio* » (3).

2651. Occupons-nous maintenant de la forme des donations entre époux.

Nous avons dit que c'est la forme des donations entre-vifs qui doit être observée; ajoutons cependant qu'il n'en est ainsi que sauf certaines modifications nécessitées par la nature des choses.

Pour traiter ce point avec méthode, il faut distinguer le cas où le donateur dispose de ses biens présents, et le cas où il dispose des biens qu'il laissera en mourant. Dans la première hypothèse, la donation doit être entourée des formalités qui suivent : ministère du notaire; acceptation expresse (4); état estimatif (5), si la donation contient des effets mobiliers.

2652. Mais la donation de biens immeubles entre époux ne doit pas être transcrite, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (6). C'est le droit de révocation auquel elles sont soumises qui les en dispense.

Il est vrai que le droit romain exigeait que la donation entre époux fût insinuée (7); mais toutes les lois romaines sur l'insinuation étaient originellement tombées en France dans la désuétude, et cette formalité ne se pratiquait pas plus pour les donations entre gens mariés que pour les autres donations. Lorsqu'elle fut rétablie, il ne parut pas que les ordonnances y aient jamais assujéti les donations entre mari et femme. Aussi Furgole enseigne-t-il, sur l'art. 46 de l'ordonnance de 1751, qu'elles étaient exemptes de l'insinuation par la raison qu'étant perpétuellement révocables, elles ne peuvent valoir, sous ce point de vue, que comme donations à cause de mort (8).

Il en est de même aujourd'hui de la transcription qui, avec des différences notables, a remplacé l'insinuation; la révocabilité de la donation entre époux lui communique un des éléments du testament, et il n'en faut pas davantage pour la dispenser d'une formalité qui n'a été établie que pour les donations véritables. Pourquoi donner la publicité qui accompagne la transcription à une libéralité précaire, à un acte qui n'a rien de stable, qui, par sa nature, est révocable *ad nutum*, et qui n'enlève pas au donateur le droit de vendre, d'hypothéquer, etc., etc. On conçoit cette publicité dans la donation proprement dite, qui est définitive; on ne la comprend pas dans un acte que son auteur peut continuellement défaire par sa seule volonté (9).

2653. Ce ne sont pas seulement les donations de biens présents qui sont soumises aux formalités substantielles des donations entre-vifs, ce

(1) *Supra*, n° 295.

(2) *Supra*, n° 296.

(3) L. 32, § 6, D., *De donat. inter vir. et ux.*

Toulhier, t. V, n° 918 et Grenier, n° 454, ne distinguent pas entre les donations de biens présents et les donations de biens à venir, et déclarent les unes et les autres caduques par la mort civile du donataire. Zachariae, t. V, p. 351, fait la distinction que nous venons de proposer.

(4) Furgole, t. V, p. 363; Grenier, n° 458. Duranton, t. IX, n° 774; Zachariae, t. V, p. 345.

(5) Cassat., 16 juillet 1817 (Devill., 5, 1, 315). Zachariae, *ibid.* *Supra*, n° 1251.

(6) N° 1170.

(7) L. 23, C., *De donat. inter vir. et ux.*

(8) Merlin, t. V, p. 358, *Répert.*, v° *Don matuel*, p. 46, col. 2, alinéa 1, *in fine*.

(9) Coin-Delisle sur 939, n° 19. Duranton, t. VIII, n° 309. Zachariae, t. V, p. 355, note 4. Contrin, Aubry et Rau, t. V, p. 545, et t. V, p. 325, note 4. Demolombe, *Revue critique*, 1851, p. 403.

sont encore celles par lesquelles un époux donne à l'autre ses biens à venir ou tels biens qu'il laissera dans sa succession.

Comme l'esprit humain est capable de douter de tout, on a soulevé des controverses à cet égard. On a dit qu'en pareil cas la libéralité ne peut être efficace qu'autant qu'elle se produit sous la forme testamentaire; qu'autrement on rétablirait, au moins dans les libéralités entre époux, la donation à cause de mort exclue de nos Codes; que la loi a tracé des formes différentes pour les donations et pour les testaments; qu'elle a mis tout disposant dans la nécessité d'adapter chaque forme à la nature de la libéralité, la forme entre-vifs pour la donation des biens présents, la forme testamentaire pour les biens à venir; que, s'agissant ici du don d'une succession, c'est la forme du testament qui doit nécessairement être employée.

Ce système, quoique plusieurs fois présenté, n'a pas le moindre fondement. Il n'y a aucune incompatibilité essentielle entre la forme d'un acte entre-vifs et le don des biens qui composeront l'hérédité du disposant. Et, par exemple, ne donne-t-on pas valablement sa succession par contrat de mariage? Si la donation entre-vifs proprement dite ne peut embrasser les biens à venir, c'est parce qu'il faut qu'elle soit irrévocable. Mais quand, par exemple, la loi lui permet de se plier à un droit de révocabilité, elle perd alors son caractère pur et simple; elle s'imprègne d'un élément étranger, et son originalité consiste à pouvoir faire par acte entre-vifs ce qui, en thèse ordinaire, ne pourrait se faire que par testament. C'est pourquoi l'art. 947 lève, pour les donations contenues au chap. IX (dont l'art. 1096 fait partie), la prohibition de donner ses biens à venir par acte entre-vifs. D'où il suit invinciblement que les époux sont autorisés à se donner leurs biens à venir par acte entre-vifs [1].

Les époux peuvent donc se conférer des avantages sur la succession l'un de l'autre, soit par testament, soit par acte entre-vifs. Mais, s'ils adoptent la forme des actes entre-vifs, il faut, à peine de nullité, qu'ils observent les prescriptions de la loi pour ces sortes d'actes. Il en résulte que le donataire doit faire constater par le notaire son acceptation d'une manière expresse;

et si la libéralité est faite par la femme à son mari, la présence de ce dernier et l'autorisation qu'il donne à sa femme ne remplacent pas l'acceptation expresse. La loi n'admet aucun équivalent à cette formalité solennelle [2].

2054. Bien entendu, du reste, que lorsque les biens à venir qu'un des époux donne à l'autre sont des meubles, les parties sont dispensées de faire annexer à l'acte de donation un état estimatif et descriptif. Il est impossible de prévoir, au jour de la donation, quels sont les meubles qui seront dans la succession du donateur. L'inventaire dressé au décès du donateur constate le seul profit que le donataire réalise et ait droit de réaliser, et qui doit entrer dans le calcul de la quotité disponible, s'il y a lieu. Nous l'avons dit et démontré précédemment [3]. Cette décision est confirmée par la jurisprudence [4].

2055. Quant à la transcription, il est à peu près inutile de dire que puisqu'elle n'est pas nécessaire pour les donations entre époux de biens présents, elle est à plus forte raison déplacée dans la donation de biens à venir, biens qui ne se déterminent avec certitude qu'au décès du donateur [5].

2056. Passons maintenant aux effets que produit la donation entre époux. Et d'abord, parlons des effets de la donation entre époux, quand elle a pour objet des biens présents. Si nous consultons les meilleurs interprètes du droit romain, nous voyons que la donation entre époux, même lorsque le donateur a saisi le donataire de biens présents, est inutile tant qu'elle n'a pas été confirmée : « *Donatio inter virum et uxorem*, dit Cujas, *est ab initio fuerit inutilis, convalescit et confirmatur si lentio donatoris, morte donatoris* [6]. » Mais quand elle a été confirmée, elle se trouve validée *ab initio*, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus [7], et le donataire est censé avoir été propriétaire dès le jour du contrat.

La donation était donc *ab initio* inutile en droit romain; elle n'était pas translatrice du domaine [8]. C'était là un point constant, et qui s'explique par l'histoire des vicissitudes de la donation *inter virum et uxorem*. La nullité avait été la condition primitive et le point de départ du droit ancien; le droit ultérieur, fondé

[1] Cassat., 22 juillet 1807, qui casse un arrêt de la cour de Rennes du 15 thermidor an XIII, sur le réquisitoire de Merlin (Devill., 2, 1, 414 et *Repet.*, v° *Donation*, sect. 11). Cassat., rej., 3 déc. 1816 (Devill., 3, 1, 237). Rennes, 28 juillet 1824 (Devill., 4, 2, 436).

[2] Nîmes, 30 mars 1841 (Devill., 41, 2, 418). Amiens, 24 novembre 1843 (Devill., 47, 2, 343).

[3] *Supra*, n° 1232.

[4] Amiens, 2 mai 1807 (Devill., 2, 2, 237). (Rennes,

28 juillet 1821 (Devill., 6, 2, 456). Paris, 29 août 1834 (Devill., 34, 2, 643).

[5] *Supra*, n° 1163. Amiens, 2 mai 1807, déjà cité.

[6] *Reçit. not.* sur le C., *De donat. inter vir. et uxorem*.

[7] N° 2641 et 2642.

[8] Ulp., l. 3, §§ 10 et 11. Pothier, Pand., *De donat. inter vir. et uxorem*, n° 50, 51. Nautica, *De facili et ambig.*, 21, 2, 13.

par Antonin Caracalla, n'avait voulu qu'adoucir cette nullité et corriger une trop grande rigueur. La nullité put donc, à l'avenir, être effacée rétroactivement par la confirmation résultant du décès sans révocation; mais elle n'existait pas moins jusqu'au moment où cette confirmation venait en purger la libéralité.

2657. Il n'en est pas de même sous le Code Napoléon. Notre article admet la donation entre époux comme un acte licite : seulement, il la déclare révocable. Son principe n'est pas la nullité originaire; c'est, au contraire, la validité, validité qu'il combine avec la garantie d'un droit de révocation.

Il suit de là que, dans le droit dessiné par le Code Napoléon, la donation entre mari et femme transfère le domaine, et qu'elle dessaisit actuellement le donateur, quoique *ab conditione* (1). Par conséquent, le donataire fait les fruits siens. Il est propriétaire à l'égard des tiers, de telle sorte que le créancier du donateur n'a pas le droit de saisir un bien qui, par la donation, est sorti, à l'égard de tous, du patrimoine du donateur, et fait partie du patrimoine du donataire (2).

2658. Mais voici une autre conséquence de notre proposition, c'est que, s'il y a lieu de réduire les libéralités faites par le donateur, parce qu'elles excèdent la quotité disponible, celle dont l'époux profite ne sera réduite qu'à sa date, et par conséquent après tous les legs et les donations qui lui seront postérieures. L'évanouissement de la condition résolutoire résultant du décès sans repentir a corroboré la donation, et, de révocable qu'elle était en principe, il l'a rendue aussi stable. *ab initio*, que si elle eût été pure et simple (3).

On a cependant contesté un point de droit si évident. On ne pouvait le faire sans se jeter dans de bizarres efforts d'esprit, et l'on a dit, en faussant toutes choses :

L'époux qui, après avoir gratifié son conjoint, fait, avec d'autres valeurs, à un tiers, une libéralité qui se trouve excéder la quotité disponible, a eu la volonté de révoquer le don qu'il avait fait à son conjoint, jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire à la validité de la libéralité subséquente. Il faut donc soumettre la donation entre époux à la réduction avant toutes les autres libéralités irrévocables, même postérieures, du même donateur. On ne fait aucun tort à

la donation en l'assimilant à un legs, puisqu'elle est révocable comme le legs (4).

Nous admettons bien que l'époux qui regrette d'avoir épuisé sa quotité disponible, en donnant à son conjoint, peut vouloir que ce conjoint subisse la réduction avant des donataires dont les titres sont plus récents. Il le peut, et si sa volonté apparaît d'une manière régulière et certaine, elle doit être respectée. C'est ce qui avait lieu dans l'espèce d'un arrêt de la cour de Montpellier, du 27 mars 1833, où, d'après les faits de la cause, cette cour reconnut que la donation faite à une femme par son mari devait être primée par une donation subséquente faite à une fille issue de leur mariage, dans le but de la doter (5). Dans ce cas, ce fut la donation faite à l'épouse qui, bien qu'antérieure en date, fut sacrifiée à la donation postérieure. On en comprend à merveille les motifs; ils sont tirés de l'affection des père et mère, de l'intérêt de leur fille et de la stabilité de ses conventions matrimoniales.

Mais ce que nous déclarons faux et insoutenable, c'est qu'on trouve une semblable volonté implicitement renfermée dans toute donation quelconque postérieure à la libéralité faite entre époux.

L'homme ne se rend pas toujours un compte exact de sa fortune. En faisant une libéralité nouvelle après celle qu'il a faite à sa femme, peut-être a-t-il cru ne pas dépasser les limites de son disponible; peut-être a-t-il cru que son patrimoine, en s'augmentant, suffirait à l'exécution de ses bienfaits et à la réserve de ses héritiers. S'il eût su que l'une des deux donations dût succomber sous l'action de ses héritiers réservataires, est-il certain qu'il eût sacrifié celle faite à son conjoint? Faut-il admettre facilement que le conjoint n'occupe pas, comme il le doit, le premier rang dans les affections du disposant? Celui-ci n'a-t-il pas pu vouloir soumettre le second donataire à la chance de la réduction?

Il est donc certain, il est donc évident, qu'à défaut de circonstances particulières, la donation de biens présents entre époux est semblable à une donation entre-vifs et qu'elle est réductible à sa date (6).

C'est, du reste, ce qui a été jugé par arrêt de la cour de Toulouse, du 21 mai 1829.

Le 30 janvier 1810, une dame Labessière, autorisée de son mari, fit l'acquisition de plusieurs

(1) Cassat., 12 avril 1845 (Devill., 43, 1, 273). Voyez aussi l'arrêt rapporté, *infra*, n° 2670.

(2) Arrêt de cassat., du 18 avril 1838, cité plus loin (Devill., 38, 1, 289).

(3) *Supra*, n° 295.

(4) Duranton, t. VIII, n° 357.

(5) Devill., 36, 2, 198.

(6) Zacharie, § 743, note 16 et § 685 bis, note 6. Conclusions de Nicod (Devill., 37, 1, 135). Voy. les consid. d'un arrêt de la cour de cassat. du 12 avril 1845 (Devill., 43, 1, 273).

immeubles. L'acte portait que le prix d'achat, montant à 6,000 francs et payé comptant, provenait des économies de la dame Labessière. Le 13 février 1810, le sieur Labessière fit donation entre-vifs à la dame Solomiac d'une somme de 21,000 francs, payable après le décès du donateur. En 1821, le sieur Labessière mourut. La dame Solomiac prétendit que l'acte du 30 janvier 1810 contenait une libéralité déguisée au profit de la veuve Labessière, de la part de son mari; en conséquence, elle demanda contre cette dernière le délaissement des immeubles par elle acquis le 30 janvier 1810, ou tout au moins qu'elle fût tenue de faire compte à la succession de son mari des 6,000 francs, prix de l'acquisition. Pour faire accueillir son action, la dame Solomiac soutint que la donation de 21,000 francs, qui lui avait été faite, excédant la quotité disponible, renfermait une révocation tacite de la libéralité faite au profit de la dame Labessière.

Ce système, admis par les premiers juges, fut repoussé en appel.

La cour, « attendu que toute donation, déguisée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, est valide en la partie qui n'est pas frauduleuse; attendu qu'il résulte des circonstances de la cause que les acquisitions faites par la dame Labessière contiennent une donation du prix de ces immeubles de la part de son époux et que conséquemment cette donation était révocable; attendu qu'il n'y a pas eu de la part de son mari manifestation de la volonté de la révoquer; que la circonstance de la donation postérieure de la somme de 21,000 francs à la dame Solomiac ne manifeste point suffisamment la volonté de révoquer la première, puisqu'il n'est pas justifié qu'à l'époque de cette dernière donation le quart des biens fût épuisé par ces deux dispositions, parce que d'ailleurs, ce quart fut-il absorbé par ces deux donations, cela aurait pu provenir d'une erreur du donateur dans l'appréciation de sa fortune présente ou future; met l'appel et le jugement dont est appel à néant et rejette la demande formée par la dame Solomiac (1). »

2650. Du principe en vertu duquel la donation de biens présents faite de conjoint à conjoint transfère le domaine, on a tiré la conséquence que le pré décès du donateur ne la fait

pas tomber en caducité, puisque, avant cet événement, elle a produit des effets qui sont un droit acquis (2). Telle n'était pourtant pas la jurisprudence romaine. Le droit romain déclarait caduque la donation entre époux, quand le donataire précédait. Cette règle est écrite tout au long dans la loi 18, § 16, C., *De donat. inter virum et uxorem*. Elle était fondamentale (3). La raison en était que, puisque la donation était révocable jusqu'au décès du donateur, on ne pouvait concevoir une confirmation possible de cet acte, s'il n'y avait plus de donataire (4). Les pays de droit écrit avaient adopté sans contestation l'autorité des lois nombreuses qui, dans le Digeste et le Code, le décidaient ainsi (5).

Mais il y a cette différence entre le droit romain et le Code Napoléon, que le premier tenait la donation pour inutile tant qu'elle n'était pas confirmée, tandis que le second la tient pour valable, sauf le droit résolutoire de révocation. Or, dans le système du droit romain, c'est le moment du décès du donateur, sans repentir, qui faisait acquérir la chose. Il fallait donc que le donataire fût vivant à ce moment. Chez nous, au contraire, la chose est acquise avant la confirmation; et puisqu'il est de principe que *confirmatio nihil novi juris addit*, on ne voit pas pourquoi il faudrait que le donataire fût vivant au moment du décès qui, à vrai dire, ne lui transmet rien de nouveau (6).

C'est, du reste, ce que la cour de cassation a décidé dans une espèce digne d'être remarquée. La question s'élevait, non entre le donateur et les héritiers du donataire, mais entre les créanciers du donateur et les héritiers du donataire; on aperçoit tout de suite ce que cette situation avait de délicat et de grave.

Voici, du reste, les faits de la cause. Par acte du 10 juillet 1810, la dame Lecorgne fit donation à son mari de plusieurs immeubles et d'objets mobiliers, dont un état estimatif et descriptif fut annexé à la donation.

Le sieur Lecorgne, donataire, est décédé en 1834, laissant deux enfants mineurs et sa femme survivante, qui conserva la possession de tous les biens appartenant au défunt.

En 1838, un créancier de la dame Lecorgne fit saisir des biens qu'elle détenait, parmi lesquels se trouvaient des objets compris dans la donation de 1810.

Les enfants Lecorgne demandèrent la distrac-

[1] Devill., 9, 2, 268.

[2] Toullier, t. V, n° 918; Grenier, n° 434. Delvincourt, t. II, p. 449. Vazeille sur l'art. 1096, n° 9. Roland de Villargues, *Répert.*, v° *Donat. entre époux*, n° 71. Duranton, t. IX, n° 777; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, t. IV, n° 2987.

[3] Pothier, Pand., *De donat. inter vir. et uxorem*, nos 78, 82, 83. Mantica, *De iustitia*, etc., etc., t. 1, 2, 2.

[4] Pothier, *loc. cit.*

[5] Despeisses, p. 1, tit. 14, sect. 1, n° 25, 5°. Rousseau de la Combe, v° *Donat.*, sect. 4, dist. 1, n° 3.

[6] Suprà, nos 293 et 2650.

tion de ces objets qu'ils prétendaient leur appartenir en vertu de cette donation et comme étant aux droits de leur père. Le créancier soutint que la donation de 1810 était caduque par le prédécès de l'époux donateur.

Le tribunal de Montfort, le 30 juin 1842, et la cour de Rennes, le 8 février 1843, admirent la caducité de la donation et validèrent la saisie.

Les héritiers Lecorgne se pourvurent en cassation.

Delangle, alors avocat général, conclut au rejet du pourvoi. « La conséquence du principe « de la révocabilité de la donation, disait-il, « n'est-elle pas que, en cas de prédécès du donataire, la disposition doit être caduque? Nous « le croyons, et notre opinion est déterminée « par l'origine de la loi, par son texte, par la « nature de la disposition dont on s'occupe. « L'origine de la loi : elle est toute romaine... « Son texte... l'art. 1096 est précis. la révocabilité y est expressément écrite. Il y a plus, « la loi veut que l'époux donateur ne cesse jamais d'avoir la faculté de révocation : « seront « toujours révocables... » de la faculté de révoquer tout aussi bien après le décès du donataire que du vivant de celui-ci à la caducité, « il n'y a qu'un pas.

« La nature de la disposition : ... C'est à l'époux personnellement, à l'époux seul, que la « donation est faite. S'il meurt avant le donateur, tout est fini. On ne peut douter que par « la donation le donateur a préféré le donataire « à lui-même, mais le donataire seul. Encore « ne s'est-il pas irrévocablement dépouillé, puisqu'il peut lui retirer le bienfait de la donation. Or, comment admettre que la donation « puisse survivre au donataire? »

Contrairement à ces conclusions, la cour, « Attendu que la donation du 10 juillet 1810, « faite par la dame Lecorgne au profit de Julien « Lecorgne son mari, de biens immeubles présents et d'effets mobiliers dont un état estimatif a été annexé à la minute de la donation, « conformément à l'art. 948 du Code civil, est « entre-vifs, et qu'ainsi Lecorgne donataire s'est « immédiatement trouvé saisi de la propriété « des choses données ;

« Attendu qu'une donation entre-vifs régulièrement faite et dument acceptée forme un « contrat qui ne peut être annulé ou révoqué « que dans les cas ou pour les causes que la loi « autorise ;

« Attendu qu'aucun article du Code civil ne

« déclare caduque la donation entre-vifs faite « pendant le mariage par un des époux à l'autre « époux, dans le cas de prédécès de l'époux « donataire ; que le silence du Code à cet égard « s'explique et se justifie par la nature même « de la disposition, puisque au lieu d'être réellement entre-vifs et de transmettre actuellement la propriété, elle n'aurait eu alors que « le caractère d'une donation à cause de mort ;

« Attendu d'ailleurs que dans les chap. 5 « et 6 du Code civil, au titre des *Donations et des Testaments*, et notamment dans les articles 1039, 1088 et 1089, le législateur s'est « occupé de la caducité, soit des dispositions « testamentaires, soit des donations, et qu'il est « dès lors naturel d'admettre que s'il eût voulu « que la donation d'un époux au profit de son « conjoint, pendant le mariage, devint caduque « par le prédécès de celui-ci, il l'eût formellement déclaré ;

« Attendu que l'arrêt attaqué n'a pu faire « résulter cette caducité : 1^o de l'art. 1092 qui « dispose que la donation entre époux par contrat de mariage ne sera pas censée faite sous « la condition de survie de l'époux donataire, « si cette condition n'est formellement exprimée ; 2^o et de ce que la même disposition n'a « pas été reproduite à l'égard des donations « entre époux pendant le mariage ; que ces dernières donations, en effet, quoique entre-vifs, « sont, aux termes de l'art. 1096 du Code civil, « toujours révocables par l'époux donateur, « que la révocabilité est l'unique condition à « laquelle elles aient été soumises, et que tant « que le donateur ne juge pas à propos d'user « du droit de révocation qui lui est purement « personnel, et repose sur des motifs qui ne « peuvent s'appliquer à l'événement du prédécès de l'époux donataire, la donation continue de subsister et reste dans toute sa force ;

« qu'ainsi, il n'y avait pas lieu de reproduire, « pour qu'elle fût maintenue nonobstant la mort « du donataire, la présomption établie par l'article 1092 pour les donations faites par contrat de mariage et irrévocables ;

« Attendu qu'il n'a été présenté aucun acte « d'où il soit résulté que la dame Lecorgne « avait révoqué la donation du 10 juillet 1810 ; « que dès lors les demoiselles Lecorgne sont, « comme héritières de leur père, propriétaires « des biens donnés... »

Casse [1]..., etc.

Après y avoir bien réfléchi, il nous semble

[1] Arrêt du 18 juin 1843 (Devill., 45, 1, 638, *Journ. du Palais*, 45, 2, 112), sur le renvoi, arrêt d'Angers du 27 janvier 1848 (Devill., 48, 2, 108). Limoges,

1^{er} février 1840 (Devill., 40, 2, 241), *Contr.*, Aix, 21 mars 1832 (Devill., 32, 2, 435).

que cette décision est à l'abri de toute critique [1]. Pourtant, il faut reconnaître que cette jurisprudence sera d'une application bien difficile toutes les fois que les choses se passeront entre le donateur et les héritiers du donataire. Car puisque le donateur est armé jusqu'à sa mort du droit de révocation, qui pourrait l'empêcher d'en user et de faire cesser par là la résistance des héritiers [2] ?

Mais ce n'est pas là une raison suffisante pour atténuer l'autorité de l'arrêt de la cour de cassation. On trouve même dans cette observation une réponse à l'objection tirée par Delangle du caractère personnel de la libéralité. Car le donateur est maître d'en empêcher la transmission aux héritiers, en déclarant qu'il révoque la donation.

2660. Nous avons étudié les effets de la donation entre époux, ayant pour objet des biens présents; nous aurons à passer en revue les mêmes questions en supposant une donation de biens présents et à venir.

Si un époux donne à son conjoint tout ou partie des biens qu'il laissera en mourant, cette donation aura des effets presque en tout semblables à ceux d'une institution contractuelle ou d'une donation de biens présents et à venir par contrat de mariage.

Le donataire ne sera propriétaire des biens qu'à partir de la mort du donateur. Il les prendra dans l'état où ils seront à cette époque; il subira l'effet des dettes contractées par le donateur, même postérieurement à la donation, même à titre chirographaire. Il n'aura pas toutefois de demande en délivrance à former pour être autorisé à se mettre en possession. Car il est saisi, par la nature de son titre, des biens qui lui ont été donnés [3]. La propriété lui en est de plein droit transférée au jour du décès, par la puissance de la convention. Il a, en conséquence, droit aux fruits du jour du décès.

2661. Si, pour que la réserve des héritiers soit intacte, il faut réduire les libéralités du défunt, dans quel ordre la donation de biens à venir faite au conjoint sera-t-elle réductible ?

Nous avons vu qu'une institution contractuelle, faite par contrat de mariage, ne subit de retranchement qu'à sa date et après toutes les libéralités faites postérieurement [4]. Mais l'institution contractuelle est irrévocable, et la do-

nation entre mari et femme ne l'est pas. De cette différence, on conclut, non sans raison [5], que si l'époux donataire doit être préféré aux légataires, puisqu'il est saisi, comme nous venons de le dire [6], de plein droit, au jour du décès, par son titre, et n'a pas besoin de demander la délivrance, il doit subir la réduction avant tous ceux qui ont été gratifiés par actes entre-vifs, même depuis la donation entre époux. En effet, la donation de biens présents et à venir, la donation des biens qu'on laissera à son décès, ne rétroagit pas au jour du contrat; elle n'a d'effet et ne prend date que du jour du décès, et par conséquent l'époux donataire ne devient propriétaire qu'après les donataires qui ont été saisis du vivant du donateur. Supposons par exemple que le disposant ait donné, le 1^{er} janvier 1850, à son conjoint, les biens qu'il laissera à son décès, et que plus tard, c'est-à-dire le 2 février 1851 et le 30 mars 1853, il donne à Primus l'immeuble A, et à Secundus l'immeuble B; il décède le 15 juillet 1854. Comment le conjoint pourrait-il entrer en lice avec ces donataires ? Comment, lui qui n'est propriétaire que depuis le 15 juillet 1854, pourrait-il être préférable à Secundus, qui est propriétaire depuis 1853, et à Primus, qui est propriétaire depuis 1851 ? Est-ce que le disposant n'a pas implicitement manifesté une volonté contraire à la prétention de son conjoint, en rendant Primus et Secundus immédiatement propriétaires, tandis qu'il a remis à sa mort l'événement qui devait investir l'époux donataire de la propriété ?

Il est vrai que nous faisons passer l'époux avant les légataires. La raison en est simple, c'est qu'étant saisi par la puissance de son titre qui lui a transféré la propriété de plein droit et sans demande en délivrance, au moment du décès, il pèse plus que les légataires, qui sont obligés de demander cette même délivrance; mais il pèse moins que les donataires qui dès avant le décès sont investis d'une propriété acquise, transférée, définitive, qui ont pour eux une aliénation consommée avant la sienne.

Que si après la donation faite à l'autre époux de portion de la succession, le donateur faisait une libéralité par institution contractuelle à un de ses enfants ou à un tiers, la question serait plus délicate. Car il s'agirait de deux libéralités ayant l'une et l'autre pour objet des dispositions qui tiennent du testament et qui par conséquent

[1] Nous avons cependant exprimé une idée contraire, *Contrat de mariage*, n° 3273. Mais nous ne saurions y persister.

[2] *Infra*, n° 2674.

[3] *Supra*, n° 2428 et 2429. Les arrêts qui y sont

cités sont rendus dans l'espèce d'une donation entre époux.

[4] *Supra*, n° 2638.

[5] Aubry et Rau, traduction de Zachariæ, t. V, p. 532, § 744, note 17.

[6] N° 2660.

semblent devoir marcher d'un pas égal comme les legs. Néanmoins, je donnerais la préférence à l'institution contractuelle sur la donation d'époux à époux, bien que celle-ci soit antérieure à celle-là. La raison en est que l'institution contractuelle est irrévocable et que la donation entre époux est soumise à la volonté ambulatoire de l'homme. Sous ce rapport, la première est plus rapprochée de la donation; la seconde est plus rapprochée des legs. Il faut donc mettre entre l'une et l'autre la différence qui existe, sous le rapport de la réduction, entre la donation et les legs.

2662. La question de savoir si une donation entre époux est caduque par le prédécès du donataire au donateur, assez controversée lorsqu'il s'agit de biens présents, ne l'est plus quand il s'agit des biens que le donateur laissera dans sa succession. Dans ce dernier cas, la caducité est certaine. Le droit du donataire, éventuel jusqu'à la mort du donateur, s'ouvre à cette époque. Nous avons vu *suprà* [1] que le donataire doit être capable alors pour acquérir. Or la première condition de capacité est qu'il existe. S'il meurt avant l'ouverture de la succession du donateur, il n'a rien acquis et ne saurait rien transmettre à ses héritiers.

2663. Il faut maintenant nous occuper de la révocabilité des donations entre époux. C'est là leur trait caractéristique.

La révocabilité est de l'essence des donations entre époux. Le donateur ne saurait d'avance abdiquer cette faculté. Le législateur a craint qu'un époux ne fût en butte à des obsessions de la part de son conjoint, et il a voulu qu'il pût toujours se soustraire à l'influence qui l'avait un instant dominé. Il a voulu, de plus, armer l'époux donateur d'un moyen salutaire contre les torts et l'ingratitude de l'autre époux.

De là il suit que le donateur ne peut acquiescer à un jugement qui repousse une demande en restitution par suite de révocation. L'acquiescement n'empêcherait pas de poursuivre en appel l'exercice d'un droit que l'on ne peut perdre par sa volonté [2].

2664. Ce n'est pas tout, et pour conserver à l'époux le plus faible l'intégrité d'une faculté si tutélaire, notre article décide que la femme donatrice pourra l'exercer sans y être autorisée ni par son mari, ni par justice. La femme est seule juge des motifs qu'elle a de persévérer ou

non dans la libéralité qu'elle a faite. Elle ne doit pas être mise dans la nécessité de déduire devant la justice les griefs qu'elle a contre son mari. La condition des époux ne serait pas égale si la femme n'était absolument libre.

2665. L'expression de la révocation doit attirer notre attention.

En droit romain, il suffisait que le donateur eût manifesté quelques signes de repentir, pour que la donation ne fût pas confirmée [3]. A la vérité, il fallait que les apparences de ce repentir fussent évidentes [4]. Mais on pouvait aller les puiser à toutes les sources et les demander à tous les genres de preuves.

Il n'en est pas de même aujourd'hui, et nous ne saurions être aussi larges. Le repentir du donateur n'a de valeur qu'autant qu'il se signale par les déclarations de changement de volonté qui sont de nature à révoquer un testament [5]. Nous devons être plus difficiles pour révoquer une donation qui vaut dans son principe, que ne l'étaient les Romains pour empêcher la confirmation d'une donation inutile en elle-même; « *Facilius, dit Mantica, impeditur donatio, quæ nulla est, ne confirmari possit, quam si valeat, ut revocetur* » [6].

Nous disons donc que lorsque le donateur veut faire une révocation directe et exprime de sa libéralité, cette révocation ne peut être exprimée que dans les formes admises par la loi pour les révocations de testament; c'est-à-dire dans un acte en forme de testament, ou dans un acte notarié. C'est ce qu'il faut induire au surplus de l'art. 1035 du Code Nap. combiné avec la loi du 21 juin 1843 [7]. Il est vrai que notre article n'a pas prononcé de renvoi formel à l'article 1035. Mais il n'est pas éroyable qu'il ait attaché moins d'importance à la révocation d'une donation entre époux qu'à la révocation d'un testament. Sans doute il faut accorder toutes facilités à l'époux qui veut reprendre ce qu'il a donné sous l'empire de l'obsession. Mais il ne s'ensuit pas qu'il faille s'abstenir de toute garantie sur la certitude et la sincérité de la volonté de révoquer. C'est pourquoi la loi du 21 juin 1843 sur la forme des actes notariés range les révocations de donations entre époux, avec les révocations de testament, parmi les actes pour lesquels la présence réelle du notaire en second ou des deux témoins est nécessaire. Comment croire que la révocation de la donation

[1] No 2650.

[2] Arrêt de la cour de cassation du 22 juillet 1846, cassant un arrêt de la cour de Nîmes du 9 février 1842 (Devill., 46, 1, 603).

[3] L. 32, § 4, D., De donat., inter vir. et uxor., l. 15, C. cod., tit. Mutilien, De tacit. et ambiguis, 21, 101 et s.

[4] L. 32, § 4, précitées.

[5] Art. 1035 et 1038. *Suprà*, no 2015 et suiv.

[6] *Loc. cit.*, no 2.

[7] Contra, Coin-Delisle sur l'art. 1096, no 13, et Frenville sur Grenier, no 462, note e.

entre époux, pour laquelle la forme simple d'un acte notarié ne suffit pas, pourrait se faire par un acte sous seing privé ne satisfaisant pas aux conditions d'un testament [1]? Le contraire ne serait-il pas un retour aux notions du droit romain, dont la facilité sur ce point s'expliquait par des raisons qui précisément doivent nous rendre plus difficiles sous le Code Napoléon?

2666. Il arrive assez souvent qu'à la fin d'un testament on déclare révoquer tous testaments ou codicilles antérieurs. Cette phrase générale ne suffit pas, du moins ordinairement, pour révoquer les donations faites par le testateur à son conjoint. Car une donation entre époux faite par acte entre-vifs, même relativement à des biens à venir, ne saurait être appelée ni un testament, ni un codicille, ni un legs. Furgole le décidait ainsi avec raison [2], et c'est aussi ce qu'a jugé la cour de cassation dans l'espèce suivante :

Le sieur Chenal épousa en 1807 la demoiselle Adélaïde Trielle. En 1814 les deux époux se firent donation réciproque au survivant de l'universalité des biens du prédécédé. En 1835 la dame Chenal légua par testament à son mari l'usufruit de la moitié de tous ses biens, la nue propriété de cette moitié à sa sœur, et déclara révoquer tout testament antérieur.

La cour de Paris a décidé, le 30 juillet 1836, que cette dame n'avait pas voulu révoquer la donation faite à son mari, si ce n'est pour la moitié dont elle légua la nue propriété à sa sœur.

La cour de cassation a rejeté, le 17 juillet 1837, le pourvoi contre cet arrêt, attendu que la cour d'appel avait fait une appréciation d'actes et de faits qui lui appartenait souverainement [3].

Toutefois, dans une matière où la volonté doit dominer et où cette volonté n'a pas de forme sacramentelle pour se faire connaître, il faut laisser aux juges le droit d'apprécier les circonstances qui seraient de nature à légitimer une autre interprétation.

2667. Ce n'est pas seulement par une révocation expresse que la donation peut s'évanouir. Il y a encore, ici comme dans la matière des testaments, les révocations virtuelles et tacites, qui résultent de tous les actes postérieurs du donateur qui, étant inconciliables en tout ou en par-

tie avec la donation faite entre les époux, révoquent de la part du donateur la volonté d'anéantir en tout ou en partie cette donation. Il est naturel et conséquent avec ce que nous venons de dire sur la forme de la révocation expresse, de suivre par analogie les règles tracées par la loi et la jurisprudence pour la révocation des legs [4].

Ainsi point de doute que la donation faite au conjoint ne soit révoquée par une donation plus récente et ayant pour objet les biens précédemment donnés au conjoint. Il faut rendre la même décision si l'époux donateur dispose des mêmes biens par un testament postérieur à la donation.

Ainsi encore un mari qui a donné à sa femme tous les biens qu'il laisserait libres à son décès, révoque cette donation jusqu'à due concurrence, lorsque par testament il lègue à une personne l'usufruit, à une autre personne la nue propriété d'une somme de 4,000 fr. [5].

De même si un époux vend à un tiers le bien qu'il a donné à son conjoint, il révoque par cela même la donation. Et il n'y a pas à distinguer si la vente a été pure et simple ou si la vente a été faite avec faculté de rachat et si le rachat a été exercé. Peu importe que le bien soit rentré en la main du donateur, la donation qu'il avait faite à son conjoint a été révoquée à tout événement. Nous étendons ainsi par analogie à notre matière la décision donnée par le législateur pour le cas du testament [6]. Il y a même raison de prévenir, dans les deux hypothèses, des recherches d'intention toujours difficiles, quelquefois insolubles.

2668. La constitution par le donateur d'une hypothèque sur l'immeuble qu'il a donné à son conjoint, n'emporte pas une révocation nécessaire de la donation [7]. En effet, celle-ci peut subsister encore après l'établissement de l'hypothèque; le donataire est seulement menacé d'un péril d'expropriation. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 1020 du Code Napoléon, le légataire subit l'hypothèque établie par le testateur sur la chose léguée, même depuis le testament [8]. Il arrivera de deux choses l'une :

Où la dette sera payée par le donateur; en ce cas la donation conservera tous ses effets et n'aura été que frappée d'une incertitude maintenant évanouie;

[1] Grenier, n° 462. Duranton, t. IX, n° 779. Zachariæ, § 744, n° 23.

[2] Sur l'art. 18, lit. 1, ord. des Subst., vol. 7, p. 86.

[3] Devill., 37, t. 913.

[4] Art. 1036 à 1038 du C. Nap. Voy. *supra*, n° 2066 et suiv.

[5] Paris, 17 juillet 1826 (Deville., 8, 2, 264).

[6] Art. 1038 du C. Nap. *Supra*, n° 2085, 2095.

[7] Justinien, *Novell.* 162, ch. 1. Furgole sur l'article 18, t. I, de l'ordonn. des Subst., t. VII, p. 87. Avant Justinien, il y avait eu des doutes. Voy. la loi 52, D., *De donat. inter vir.*

[8] Voy. *supra*, n° 1942.

Où, la dette n'étant pas payée à l'échéance, le créancier hypothécaire usera de son hypothèque, et s'il n'est pas désintéressé par le donataire lui-même, il l'expropriera. Après l'adjudication sur saisie, l'excédant du prix sur le montant des créances pour lesquelles le donateur avait hypothéqué l'immeuble donné reviendra, non pas aux autres créanciers du donateur, mais au donataire lui-même.

2669. A plus forte raison, la donation n'est-elle pas révoquée quand le donateur se borne à hypothéquer à un tiers l'immeuble sur lequel la donation a été assurée antérieurement par une hypothèque. Disposer des sûretés de la donation, ce n'est pas révoquer la donation même qui, dans la pensée du donateur, pouvait sembler investie de suffisantes garanties.

Un sieur Célérier donne à sa femme 4,000 fr. et lui constitue hypothèque sur une maison pour sûreté de cette somme. Plus tard il hypothèque la même maison à ses créanciers. Enfin, menacé de poursuites, il vend cette maison moyennant un prix insuffisant pour faire face à toutes les créances hypothécaires. Dans ces circonstances, il était clair que Célérier n'avait pas manifesté la volonté de révoquer la donation faite à sa femme, et c'est ce qu'a décidé la cour de Limoges, par arrêt du 1^{er} fév. 1840, attendu « qu'en hypothéquant à ses créanciers la maison qui servait de gage et de sûreté à Jeanne Lachaud pour la donation que lui avait faite son mari, celui-ci n'a pas manifesté l'intention de révoquer cette donation soit en tout, soit en partie, parce que dans son opinion sa maison pouvait avoir une valeur suffisante pour désintéresser sa femme et ses créanciers; qu'il est vrai que Célérier a vendu la même maison pour un prix qui n'est pas assez élevé pour remplir les enfants Célérier des reprises de leur mère, leur payer les 4,000 fr., montant de la donation et acquitter les créances dues; mais que par cette vente que Célérier a été forcé de contracter pour éviter des poursuites rigoureuses, il n'a pas exprimé la volonté, ni expresse ni tacite, de faire produire effet aux hypothèques qu'il avait données à ses créanciers de préférence à celle qu'il avait antérieurement fournie à sa femme; qu'ainsi aucune révocation de la donation n'a été faite [1]. »

2670. Ce ne serait pas non plus révoquer virtuellement la donation que de contracter ultérieurement des engagements et des dettes avec des tiers; et si les obligations du débiteur entraînaient des condamnations judiciaires, l'hypo-

thèque attachée aux jugements ne s'étendrait pas aux immeubles présents qui auraient fait l'objet de la donation à l'époux; car ils seraient aliénés avant que le droit des créanciers ne fût formé. Vainement objecterait-on que les créanciers ont un gage virtuel sur les biens que le donateur peut faire rentrer dans son domaine par une révocation; il est facile de répondre que tant que ces biens ne sont pas repris, ils sont aliénés. Nous verrons d'ailleurs, tout à l'heure, que le droit de révocation n'appartient pas aux créanciers du donateur, et que ce droit est purement personnel [2].

Voici, du reste, un arrêt de la cour de cassation du 18 avril 1838, qui tranche ces questions de la manière la plus nette, et que nous rapportons tout au long, à cause de sa grande importance.

Le sieur Dubarret, durant son mariage, fit plusieurs acquisitions d'immeubles sous le nom de sa femme. Plus tard, il fut condamné envers un sieur Paillet à 140,000 fr. de dommages et intérêts; et, en 1832, une séparation de biens fut prononcée entre les époux. La dame Dubarret voulut se faire attribuer les immeubles acquis sous son nom. Paillet, le créancier, résista à cette prétention, et le tribunal de la Seine, le 25 juillet 1834, déclara que les immeubles acquis par Dubarret, sous le nom de sa femme, faisaient partie de l'actif de la communauté qui avait existé entre les sieur et dame Dubarret.

Sur l'appel, ce jugement fut infirmé par la cour de Paris le 21 mai 1835, laquelle a considéré, « en ce qui touche la nullité des donations faites par Dubarret à sa femme et déguisées sous forme d'acquisition, que si les donations faites entre époux, pendant le mariage, participent des dispositions à cause de mort, en ce qu'elles sont révocables jusqu'à la mort du donateur, il faut reconnaître que le titre de donation, que leur donne la loi, leur assure l'effet des donations entre-vifs de saisir le donataire de la propriété des objets donnés, tant que par une cause prévue par la loi elles ne sont pas révoquées; que la révocation de la donation par l'époux donateur peut être expresse ou résulter de faits qui supposent nécessairement l'intention d'annuler l'acte de libéralité qu'il a fait; mais que la révocation ne peut être la suite et l'effet des dettes contractées par le mari. »

Sur le pourvoi, arrêt du 18 avril 1838 qui rejette la requête, « attendu qu'il résulte du chap. 9, tit. II, liv. III, du Code civil, que les époux peuvent se faire pendant le mariage des

[1] Devill., 40, 2, 211.

[2] N° 2672.

« donations entre-vifs ; que l'effet de ces donations, lorsqu'elles ont pour objet des biens présents, est de saisir l'époux donataire de la propriété des choses données ; que s'il en était autrement, ces donations perdraient leur véritable caractère pour ne devenir que des donations à cause de mort et être assimilées aux testaments ;

« Attendu que le droit de révocation, réservé à l'époux donateur par l'art. 1096, C. civ., rend résoluble la donation entre-vifs qu'il a faite à son conjoint, mais n'empêche pas que la propriété ne repose sur la tête du donataire tant qu'il n'y a pas de changement de volonté du donateur légalement manifesté... ;

« Attendu que le changement de volonté de l'époux donateur et la révocation de la donation entre-vifs ne peuvent résulter des dettes et engagements contractés postérieurement à la donation, et lors desquels le donateur n'a entendu transmettre aucun droit ni conférer aucune garantie sur les choses par lui précédemment données [1]. »

2671. Du reste, dans toutes les questions de révocation virtuelle qui pourront se présenter, il faut se rappeler que, dans le doute, la stabilité de la donation l'emporte, et qu'il faut être plus enclin à la faire valoir qu'à l'annuler. C'est là une règle en toute matière, et Mantica la rappelle avec force sur le sujet qui nous occupe [2]. Avant lui, le droit romain l'avait formellement posée dans un texte approuvé par la raison [3].

2672. Le droit de révoquer la donation est exclusivement personnel au donateur. L'exercice de ce droit dépend, en effet, de considérations dont il est seul juge, de sentiments qu'il peut seul apprécier. C'est un jugement domestique qu'il peut seul porter dans sa souveraineté et que nul autre ne peut rendre à sa place. Aussi, ce droit de révocation ne saurait être exercé par les créanciers du donateur, invoquant l'art. 1166 du Code Napoléon ; et il serait téméraire de leur part de vouloir retirer par intérêt ce que le conjoint a dûment aliéné par affection [4]. Écoutons d'ailleurs la cour de Limoges dans un arrêt du 1^{er} avril 1840 [5] :

« Attendu que si l'art. 1166, C. civ., permet aux créanciers d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur, il y a exception à l'égard de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ; attendu que la faculté accordée

« par l'art. 1096 au donateur de révoquer la donation par lui faite, est une faculté personnelle que le législateur a voulu lui laisser pour en user à sa volonté ; qu'il est évident que les motifs de révocation ne peuvent appartenir qu'à l'époux donateur ; que les créanciers seraient dans l'impossibilité de les apprécier et se décideraient toujours pour la révocation [6]... etc. »

Ce que les créanciers ne peuvent pas faire, les héritiers du donateur ne peuvent le faire davantage. La mort du donateur corrobore la donation au lieu de la laisser exposée à de nouveaux périls.

2673. Du reste, le donateur a le droit de révoquer la donation jusqu'à ses derniers moments. Quand Antonin Caracalla opéra sa réforme de l'ancien droit, il entendit que le donateur pourrait se repentir à sa dernière heure par une volonté qu'il appela suprême [7].

Lors même que le donataire serait mort avant le donateur [8], le droit du donateur ne serait pas altéré, et il pourrait s'exercer comme si le donataire fut toujours vivant [9]. Si le donateur peut révoquer la donation au préjudice de l'autre époux, s'il est maître d'user de son droit sans en rendre compte, combien, à plus forte raison, est-il libre et souverain dans sa détermination à l'égard des héritiers, moins favorables et moins dignes de ménagements !

2674. La révocation produit des effets absolus à l'égard des tiers à qui l'époux donataire a pu transmettre les biens. Cet époux, n'ayant qu'un droit résoluble, suivant la volonté du donateur, n'a conféré à ses ayants cause qu'un droit affecté de la même chance de résolution. Il est vrai que la révocation pour ingratitude ne doit atteindre que l'époux coupable et ne doit pas nuire aux tiers de bonne foi. Mais il n'y a aucune comparaison à faire entre la révocation pour cause d'ingratitude et la révocation *ad nutum* de la donation entre époux. Le donateur peut vouloir satisfaire ses créanciers, doter ses enfants, etc., etc. Et pour y parvenir, il impose à son conjoint un sacrifice commandé par les plus graves raisons. Lui-même, il peut obéir à des sentiments moins passionnés et éprouver le besoin de dégager sa liberté. Sous tous ces rapports, on n'aperçoit rien d'analogue entre ce genre de révocation et la révocation pour ingratitude. Celle-ci ne se présume jamais,

[1] Devill., 38, 1, 289. *Journal du Palais*, 38, 1, 492.

[2] *De iocis*, 21, 10, 13.

[3] *Supra*, n° 2663.

[4] *Supra*, n° 2670.

[5] Devill., 40, 2, 241.

[6] *Junge* Zachariæ, § 744, I. V, p. 359, note 31.

[7] *Adversus supremum voluntatem ejus qui donavit*, l. 32, § 2, D., *De donat. inter vir. et uxore*.

[8] N° 2659.

[9] Voy. les conclusions de Delangle lors de l'arrêt rapporté, *supra*, n° 2659.

parce que l'ingratitude prévue aurait empêché la donation. Mais le droit de révocation est censé stipulé de plein droit, bien que le donateur espère n'en pas faire usage.

Son droit résulte donc d'une condition imposée primitivement au contrat; c'est une cause *primæva et antiqua*, qui donne lieu à l'application de la maxime : *Resoluto jure dantis, resoluitur jus accipientis*.

2675. L'effet de la révocation était, chez les Romains, d'obliger le donataire à restituer tout ce dont il était censé s'être enrichi. Mais la révocation n'opérait aucun effet sur ce qui ne l'avait pas rendu plus riche. Ainsi, une femme avait-elle donné une somme d'argent à son mari pour acheter une dignité honorifique; comme cette dignité ne l'enrichissait pas, la révocation ne pouvait atteindre ce don [1].

De même, le mari avait-il donné à sa femme une somme d'argent pour rebâtir sa maison brûlée par le feu; la révocation était impuissante, et le repentir inutile. La femme n'ayant fait que réparer une perte et n'ayant pas fait de gain, n'avait rien à restituer au donateur repentant [2].

C'est encore ce que l'on décidait quand l'un des époux avait donné à l'autre de quoi s'acheter une sépulture. Bien que le donataire fût devenu plus pauvre si cette donation ne lui avait pas été faite, puisqu'il aurait été obligé de prendre la somme sur ses propres ressources, il n'était pas au pouvoir du donateur de révoquer la libéralité, le donataire n'en étant pas devenu plus riche [3]. Enfin, le mari donateur n'avait rien à répéter, lorsque, par exemple, ayant donné 10,000 fr. à sa femme, celle-ci avait dépensé cet argent pour sa table, sa toilette, ou pour nourrir ses esclaves. La femme n'était pas plus riche, puisqu'il ne lui restait rien de ce qui lui avait été donné : « *Non videtur locupletior facta esse mulier, si aut in obsequio, aut in unguentis, aut in cibariis familiæ, donatam sibi pecuniam impenderit* » [4].

Tel était donc là-dessus le système du droit romain; il était suivi dans les pays de droit écrit [5].

Mais il n'y a aucune bonne raison pour l'introduire dans l'interprétation du Code Napoléon. Si le droit romain avait envisagé les choses à ce point de vue, c'était pour adoucir

une rigueur prohibitive qui échoquait l'équité. Le système originaire sur lequel le droit romain s'était élevé, était une nullité radicale et absolue, que l'on avait peu à peu corrigée de deux manières : d'une part, par la confirmation de la donation résultant du décès sans expression de repentir; d'autre part, en enlevant le caractère de donation aux dons qui, de fait, ne rendaient pas le donataire plus riche. Mais ce dernier point était évidemment le résultat d'une interprétation plus équitable que juridique; car on ne saurait faire dépendre le caractère et les effets d'une libéralité de l'usage que fait le donataire de la chose donnée. Aussi notre droit coutumier, qui avait maintenu, avec plus de constance que le droit romain, la prohibition de toute libéralité entre mari et femme, ne faisait-il aucune distinction entre les libéralités qui avaient enrichi le donataire, et celles qui ne l'avaient pas rendu plus riche.

« L'on n'examine pas, dit Pothier, ce que le conjoint donataire a fait de l'argent qui lui a été donné, de même que des choses qui lui ont été données et qui ne paraissent plus; il est présumé en avoir profité » [6].

Nous ne devons pas nous en inquiéter davantage sous le Code Napoléon, qui autorise les donations entre mari et femme, sauf le droit de révocation, et dont la juste indulgence ne doit pas être exagérée par les interprétations relâchées que les Romains avaient introduites pour amender un système de rigueur.

2676. Indépendamment du droit de révocation qui est livré à la libre volonté du donateur, la donation entre mari et femme peut être révoquée par les moyens de droit qui résultent de l'inexécution des conditions [7] et de l'ingratitude [8]. Mais elle n'est pas révoquée par la survenance d'enfants [9].

2677. Toutes les donations directes ou indirectes que se peuvent faire les époux sont soumises à la disposition de notre article. Ainsi, les donations de la main à la main, les remises de dettes, etc., etc. [10], sont régies par l'article 1096 [11].

Seulement, il ne faudra pas confondre avec des donations proprement dites les objets que le mari aura abandonnés à sa femme à titre d'usage seulement. On pensera facilement qu'il a voulu lui donner les bijoux, habits, ornements

[1] LL. 40, 41, 42, D., *De donat. inter vir. et uxorem*, l. 31, C. cod.

[2] L. 14, D., *De donat. inter vir. et uxorem*.

[3] L. 5, § 8, D., *De donat. inter vir. et uxorem*.

[4] L. 31, § 9, D., *De donat. inter vir. et uxorem*.

[5] Despeisses, *Des donat.*, t. XIV, part. 1, sect. 1, introduction, l. 1, p. 406.

[6] *Des donations*, n° 70.

[7] *Supra*, n° 1286 et suiv.

[8] *Supra*, n° 1304 et suiv.

[9] *Supra*, n° 1364, 1388.

[10] *Voy. supra*, n° 1040, 1076, 1079, 1080.

[11] L. 5, § 13, l. 5, § 4, D., *De donat. inter vir. et uxorem*.

qu'il a achetés pour elle pendant le mariage, et qui étaient nécessaires au soutien de sa dignité (1).

Quant aux libéralités déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux, nous en ferons l'objet d'un examen spécial sous l'art. 1099. Nous ne parlons en ce moment que des avantages qui se présentent sous leur véritable aspect, mais sans les formalités solennelles des donations.

2674. Dans cet ordre d'idées, nous rencontrons la question suivante, qui avait occupé l'ancien droit.

Un mari répudie une hérédité qui lui est dévolue par testament, pour faire place à sa femme appelée *ab intestat* ou en vertu d'une substitution vulgaire. Cette renonciation *in favorem* doit-elle être considérée comme une donation, et le mari pourrait-il la révoquer ?

Les jurisconsultes Julien et Ulpien (2) étaient d'avis que l'avantage ne devait pas tomber sous le coup de la loi ; on en comprend la raison sous un système qui rapportait tout à ce *criterium* : le donataire est-il devenu, oui ou non, plus riche par le fait de la donation (3) ? Or, si la femme acquiert, disait-on ici, ce n'est pas du mari, c'est du défunt directement et en vertu d'un droit propre. Ce qui entre dans le patrimoine de la femme ne sort pas de celui du mari.

Mais il y a là-dessus une distinction à faire avec Pothier (4), et cette distinction est plus sage que la décision de Julien et d'Ulpien. Lorsque le mari est légataire et la femme héritière *ab intestat*, la répudiation que fait le mari ne doit pas être considérée comme un avantage prohibé qu'il ait fait à sa femme. « La raison » est que le mari n'a pas tant eu en vue de faire » de ses biens un avantage à sa femme que celle » de laisser le cours naturel des choses et de ne » pas priver sa femme des biens d'une succession que la loi lui défère (5). »

Mais lorsque la femme recueille au même titre que le mari, seulement dans un degré suivant, dans ce cas, la répudiation du mari « ne peut » passer que pour un véritable avantage qu'il a » eu dessein de faire à sa femme aux dépens du » droit qu'il avait de le recueillir.

2679. Ce n'est pas seulement aux donations réalisées que s'applique notre article ; il faut l'étendre, par identité de raison, aux promesses qu'un époux peut faire à l'autre à titre de libéralité, de telle sorte que le silence du donateur jusqu'à son décès confirme cette promesse. Il est vrai que, dans le droit romain, il y avait beaucoup de doute sur la question (6), et que les textes étaient embarrassants à concilier (7). Un grand nombre de bons esprits hésitaient à voir une confirmation dans le silence du donateur qui, jusqu'à sa mort, avait conservé entre ses mains l'objet qu'il avait promis de livrer, bien que Justinien se fût prononcé⁸, faveur du donataire et n'eût pas interprété le retard de la livraison comme un changement de volonté de la part du donateur (8).

Sous l'empire du Code Napoléon, la donation qui a rendu le donataire créancier, a produit un effet que le silence du donateur ne suffit pas pour anéantir. Il faut que le donateur révoque, s'il se repent ; sinon, la donation subsiste. Une obligation lie les époux entre eux : l'un est débiteur, l'autre est créancier. Souvent les rapports des époux expliqueront pourquoi aucune exécution n'a été donnée à la promesse de leur vivant, sans qu'il en résulte que le donateur se soit repenti. Il y a, du reste, une différence entre le droit romain et le droit français, qui rend notre solution, déjà admise par Justinien, encore plus manifeste. La donation entre époux, à Rome, nulle dans le principe, avait besoin d'être confirmée. La donation entre époux, sous le Code, est valable comme entre étrangers ; seulement, elle peut être révoquée. Or, elle ne l'a été ni expressément, ni tacitement.

2680. Nous avons dit ci-dessus (9) que l'époux donateur ne saurait renoncer d'avance à l'exercice du droit de révocation, et rien ne serait plus contraire à tous les principes que la volonté des parties qui, en contractant mariage, stipuleraient, dans leur traité nuptial, qu'elles pourraient, durant le mariage, se faire des donations irrévocables (10).

A l'inverse, les époux ne seraient pas liés par le pacte de leur contrat de mariage qui leur in-

[1] Mantien, *De tacitis*, 21, 6, 12 et suiv.

[2] L. 5, § 13, D., *De donat. int. vir. et ux.*

[3] *Supra*, n° 2675.

[4] *Des donat. entre mari et femme*, n° 88.

[5] Sauf le droit des créanciers, conf. à l'art. 788 du C. Nap., auquel cas les tribunaux décident, suivant la faveur des cas, s'il y a lieu d'autoriser ces mêmes créanciers à accepter aux lieu et place du débiteur qui répudie.

[6] L. 32, § 1, l. 35, pr. et § 2, D., *De donat. int. vir. et ux.*; l. 23, D., *eod. tit.*

[7] Dans le sens de la confirmation, la glose sur la loi 23, D., *De donat. inter vir. et ux.* A. Faber, com-

ject., 2, 8. Noodt, *Comm. ad Pandect.*, 24, 1. Voet, *ad Pand.*, 24, 1, n° 5. Furgole sur l'art. 46 de l'ord., t. V, p. 360. Savigny, § 164, l. IV, p. 188, de la trad. de Guenou.

En sens contraire, Scipio Gentili, *De don. int. vir. et ux.* lib. 3, cap. ult. Pothier, *Donat.*, 4, n° 76. Vinnius, *Quest. selectæ*, lib. 2, ch. 15. Despeisses, part. 1, t. XIV, sect. 4, n° 25 quarto.

[8] Novelle 162, ch. 1.

[9] N° 2665.

[10] Voet, *De pactis dotatilibus*, n° 20. Pothier, *Donat. entre mari et femme*, n° 24.

terdirait de se donner pendant la durée de leur union. Ce serait une atteinte portée à leur liberté, et une telle clause serait sans valeur.

Pothier était d'avis contraire dans l'ancienne jurisprudence [1]. Cette opinion s'explique non par les principes permanents du droit civil, mais par l'éloignement que l'on avait alors pour tout ce qui portait atteinte à la conservation des biens dans les familles [2]. La France se trouvait partagée entre deux systèmes : l'un qui confirmait par la mort du donateur la donation faite à un époux, l'autre qui déclarait absolument nulles les donations entre époux. Or, il pouvait arriver que les époux appartenant au pays de droit coutumier, où régnait le second système, mais prévoyant le cas où ils pourraient transporter leur domicile en pays de droit écrit et y posséder des biens, insérassent dans leur contrat de mariage, sous l'influence de leurs idées d'origine et des conseils de leur famille, une clause qui les liât pour l'avenir et leur défendit de jamais user d'une faculté considérée comme dangereuse. De là la clause qu'en quelque lieu que les époux eussent leur domicile et que leurs biens fussent situés, ils ne pourraient se faire l'un à l'autre aucune donation ni entre-vifs, ni même par testament [3]. C'est cette clause qui se montrait à Pothier comme digne de faveur, d'abord à cause des intérêts d'affection qui avaient porté les conjoints à conserver leur bien à leur famille, ensuite parce que, si c'est offenser la loi que de se permettre ce qu'elle défend, ce n'est pas lui faire grief que de s'interdire ce qu'elle permet.

Mais, aujourd'hui, ces raisons n'ont aucune valeur. Les parties ne peuvent enchaîner d'avance leur liberté naturelle; elles ne peuvent s'interdire des actes de reconnaissance, quand elles se promettent des sentiments d'affection. L'intérêt vague et indéterminé de la famille absente, et à l'égard de laquelle on fait un pacte pour autrui [4], ne saurait l'emporter sur les mouvements du cœur, qui rendent un époux généreux envers son conjoint. Ajoutons que notre Code est loin de placer au-dessus de la liberté des conventions la conservation des biens dans les lignées.

C'est, du reste, ce qu'a très-bien décidé un arrêt de la chambre civile de la cour de cassation, du 21 décembre 1818 [5], portant cassation d'un arrêt de la cour de Nancy. Cet arrêt est motivé avec beaucoup de force : il condamne formellement cette incapacité volontaire résultant de la simple déclaration des époux. A la vérité, il est rendu sur des faits régis par les lois du 17 nivôse an 11 et du 4 germinal an VIII; mais, s'il est vrai, comme on n'en saurait douter, que la théorie de Pothier ait été détruite dans son principe et dans toutes ses conséquences par ces deux lois, il n'est pas permis de croire qu'elle ait été restaurée par le Code Napoléon. Ce Code ne tient nullement à ces règles d'autrefois : *materna maternis, paterna paternis*. Il ne voit pas, dans les donations entre époux, un moyen de spoliation inné et indélébile; il tient surtout à la liberté des personnes et des conventions.

ARTICLE 1097.

Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte entre-vifs ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte.

SOMMAIRE.

- 2681. Relation de notre article avec l'article 968. — Motifs de la disposition.
- 2682. Du don mutuel en droit coutumier.
- 2683. Du caractère du don mutuel.
- 2684. Soit.
- 2685. Suite.
- 2686. Suite.
- 2687. De la forme du don mutuel.
- 2688. Des effets du don mutuel.

- 2689. Suite.
- 2690. Suite.
- 2691. Droit actuel. — Différences avec le droit coutumier.
- 2692. Les époux peuvent se faire des donations mutuelles par des actes séparés.
- 2693. De la donation mutuelle faite avant le Code.
- 2694. Il n'y a pas donation mutuelle dans l'achat, avec les valeurs de la communauté, d'une rente

[1] *Donat. entre mari et femme*, n° 27. Voy. aussi Ferrière sur Paris, art. 280, glose 1, n° 35.

[2] Cassat., 21 décembre 1818 (Devill., 3, 1, 363).

[3] Pothier, *loc. cit.*

[4] Voet, *loc. cit.*

[5] Devill., 3, 1, 363. *Junge cassat.*, 31 juillet 1809 (Devill., 3, 1, 90). Cassat., 15 juillet 1812 (Devill., 4, 1, 150). Voy. aussi Merlin, *Repert.*, v° *Renonciation*, § 1, n° 3. Vazeille, sur l'art. 1096, n° 3.

viagère réversible sur la tête du survivant des époux.

2695. Les parents qui sont entre leurs enfants et dans

un même acte le partage de leurs biens, peuvent-ils se réserver l'usufruit de tous ces biens au profit du survivant d'eux ?

COMMENTAIRE.

2681. Notre article étend aux donations entre gens mariés une disposition déjà édictée par l'art. 968 pour les testaments [1]. Il ne veut pas que des libéralités essentiellement révocables comme celles que les époux sont autorisés à se faire, soient contenues dans un seul et même acte. Les motifs sont les mêmes pour les donations entre époux que pour les testaments. Un époux scrupuleux pourrait être retenu dans son désir de révoquer ses dons par le caractère en quelque sorte synallagmatique des deux libéralités. Or, cette réserve, que pourrait n'avoir pas l'autre époux, tournerait au détriment de celui qui serait le plus digne d'être protégé. La loi veut donc que la séparation des actes soit un signe extérieur de l'indépendance des dispositions.

Il en était tout autrement dans les pays de coutume. L'usage du don mutuel y était extrêmement fréquent, et ce don mutuel se faisait par un seul et même acte.

Quoique les art. 1096 et 1097 ne donnent pas de place à cette institution coutumière, il n'est pas sans intérêt de jeter un coup d'œil rapide sur les règles qui étaient propres à ce genre de disposition.

2682. Le droit coutumier, si hostile aux libéralités entre époux, faisait exception à sa sévérité pour le don mutuel. C'était la seule manière dont il fût permis aux époux de se gratifier pendant le mariage, dans les coutumes de Paris [2], d'Orléans [3] et autres en grand nombre [4] qui formaient le droit commun de la France. Les auteurs du droit coutumier avaient considéré la réciprocité et l'égalité comme un correctif suffisant à la crainte des captations et des abus d'autorité. Ils n'avaient pas voulu défendre un avantage égal et réciproque de part et d'autre, et dépendant d'un événement incertain, pensant que les héritiers collatéraux du prédécédé n'auraient pas sujet de se plaindre que leur parent eût laissé au survivant la jouis-

sance d'un bien qui avait été acquis en commun et où tous les deux avaient contribué, l'un par son travail et son industrie, l'autre par son économie.

Suivant Ferrière [5] et Furgole [6], il y avait une différence entre la donation mutuelle et le don mutuel. La donation mutuelle était proprement une libéralité réciproque qui se faisait entre deux ou plusieurs personnes au profit du survivant, au lieu que le don mutuel était celui qui se faisait entre époux pendant le mariage et qui était régi par des prescriptions toutes particulières. Si en parlant du don réciproque que se font les époux pendant le mariage, notre article se sert de l'expression « donation mutuelle », c'est que l'ancien don mutuel a pour ainsi dire perdu tous ses caractères dans la législation moderne. D'ailleurs, nos anciens auteurs ne s'abstenaient pas d'employer l'expression « donation mutuelle » comme à peu près synonyme de celle de don mutuel, quoique moins technique [7].

2683. Pothier [8] définit le don mutuel un don entre-vifs égal et réciproque que deux conjoints se font réciproquement l'un à l'autre, à défaut d'enfants de l'un et de l'autre, et en cas de survie, de l'usufruit des biens de leur communauté, aux charges portées par les coutumes.

Cette définition rentre plus spécialement dans les dispositions de la coutume de Paris. Suivant d'autres coutumes, le don mutuel avait des nuances qui l'en éloignaient sur certains points secondaires. Une grande variété existait à cet égard [9].

Bien que chaque époux eût la perspective de recueillir un avantage en vertu du contrat dans le cas où il survivrait, le don mutuel, n'étant pas un contrat intéressé de part et d'autre (*de ut des*) ou un contrat aléatoire tel que les contrats de jeu [10], rentrait dans la classe des libéralités, à cause de l'intention des parties, qui avait été de faire du bien à la partie survivante, après la mort de l'une ou de l'autre [11]. Cette

[1] Voy. *supra*, n° 1441.

[2] Art. 280.

[3] Art. 281.

[4] Anjou, 315. Nivernais, ch. 33, art. 27. Ansurre, 222. Bar, 163. Bourbonnais, 227, etc., etc. Elles sont citées à la suite du Comm. de Ferrière sur Paris, article 180, et Coquille les a groupées dans son *testit. au droit français (des droits des mariés)*.

[5] Cout. de Paris, art. 280, gloss. 2, n° 1 et 2.

[6] Sur l'art. 46 de l'ordonn., t. V, p. 358.

[7] Voy. Ferrière, sur l'art. 280, Cout. de Paris, *passim*. Argou, liv. 3, ch. 32.

[8] *Des donat. entre mari et femme*, p. 2, ch. 1, art. 1, n° 128.

[9] Pothier, *loc. cit.*, n° 117 et suiv. Coquille, *loc. cit.*

[10] C'est pourquoi ce que prétend Ricard, qui se trompe si souvent, et qui, du reste, écrivait avant l'ordonn. de 1751. *Don mutuel*, ch. 1, n° 2 et suiv. *Supra*, n° 1392.

[11] Pothier, *ibid.*, n° 129.

opinion reçut une consécration dans l'ordonnance de 1731 relativement à la révocation pour survenance d'enfants (1).

Néanmoins toutes les règles des donations n'étaient pas applicables au don mutuel, qui avait une nature spéciale.

2684. Ainsi le don mutuel était, en principe, irrévocable comme une donation entre-vifs. Mais, comme il portait sur les biens de communauté que le disposant laisserait à son décès, ce dernier (du moins le mari) avait la faculté d'augmenter ou d'annuler la libéralité, et s'abstenait d'acquiescer, en faisant des aliénations ou en contractant des dettes. De plus, et par le même motif, les deux époux pouvaient d'accord révoquer ensemble le don mutuel qu'ils s'étaient fait. Ils ne lésaient les droits d'aucun tiers, puisque de leur vivant il n'y avait aucun droit réel de transféré. C'était alors comme si ce don n'eût jamais existé (2).

2685. Un second caractère du don mutuel était qu'il y eût égalité parfaite entre les parties. L'égalité se recherchait dans l'étendue des choses données, dans la santé, et même, d'après quelques coutumes (3), dans l'âge des contractants.

« La raison en est, suivant Pothier, que la « coutume défendant aux conjoints par ma-
« riage de se faire aucun avantage l'un à l'au-
« tre, il faut que, par le don mutuel qu'elle
« leur permet de se faire entre eux, le don que
« l'un fait à l'autre puisse se compenser entiè-
« rement avec celui que l'autre lui fait (4). »

Autrement celui qui aurait donné plus qu'il ne recevait aurait fait un avantage à l'autre contre la défense de la coutume. Celui qui malade eût fait une libéralité à son conjoint bien portant sous condition de survie, n'eût reçu, dans un don réciproque sous la même condition, qu'une espérance illusoire, d'une réalisation invraisemblable. L'inégalité d'âge donnait de même à l'un des époux beaucoup plus de chance qu'à l'autre de profiter de la donation.

Mais sous les coutumes de Paris et d'Orléans on n'avait pas égard, contre l'avis de Ricard, à la différence d'âge entre les deux conjoints. Cette différence ne détruisait pas, en effet, l'égalité d'espérance; car il n'est pas rare, comme

le dit Merlin, de voir les jeunes mourir avant les vieux (5).

2686. Pour que les époux pussent se faire un don mutuel, il fallait qu'ils fussent communs en biens (6). Car le droit de se faire des dons mutuels était fondé sur la considération de la communauté comme une récompense de la collaboration des époux pour améliorer la société conjugale.

2687. Voilà pour le fond; passons à la forme.

L'article 46 de l'ordonnance de 1731 avait excepté les dons mutuels entre mari et femme des formes et règles prescrites pour les donations entre-vifs. Toutefois ils n'étaient pas affranchis de toute solennité. Ainsi, pour éviter les fraudes, ils devaient être passés par acte authentique devant notaire. De plus (et c'est ce qui était caractéristique) il fallait que le don mutuel fut fait par les deux époux dans un seul et même acte. Car si les époux eussent pu se faire des libéralités par actes séparés, on n'aurait pas pu y voir, d'une manière aussi claire, cette mutuelle contemplation exigée par les coutumes dont la méfiance ne permettait pas que les époux pussent s'avantager par donations (7).

La formalité de l'acceptation expresse n'était pas requise; celle de l'insinuation ne l'était pas non plus, du moins en général. Elle n'avait pas d'utilité, puisque le donateur conservait la disposition de ses biens. Cependant, ce mode de publicité était prescrit par la coutume de Paris, sans qu'on pût en donner de bonnes raisons (8).

2688. Arrivons à l'effet du don mutuel.

L'effet du don mutuel était subordonné à deux conditions : d'abord à la survie du donataire, ensuite à la condition, au moins dans la majorité des coutumes, qu'au moment du prédécès du donateur (9), les époux n'eussent pas d'enfants. Cette dernière condition manquait, soit qu'ils eussent des enfants communs, soit même que l'un d'eux seulement eut des enfants d'un précédent mariage (10).

2689. Lorsque le don mutuel s'ouvrait par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, le survivant n'était pas saisi; il était dans la nécessité d'en obtenir la délivrance. La coutume de Paris s'en expliquait formellement (11).

[1] Pothier, *ibid.*, n° 129.

[2] Pothier, *ibid.*, n° 135.

[3] Auxerre, art. 222. Bar. art. 163.

[4] *ibid.*, n° 130.

[5] *Repet.*, v° Don mutuel, § 2, n° 8.

[6] Coquille, *loc. cit.*

[7] Comp. Ricard, *ibid.*, n° 135 et 136. Pothier,

[8] Merlin, *ibid.*, § 2, n° 1.

[9] *loc. cit.*, n° 170, 173.

[9] Voy., par exemple, Paris, art. 280, et Ferrière, glose 3, n° 4. Contré, Coquille sur l'art. 27 du ch. 23 de la cout. du Nivernais, d'après l'interprétation de laquelle l'existence des enfants au moment du don l'empechait de valoir.

[10] Pothier, n° 181. Argou, l. 3, ch. 22.

[11] Coutume de Paris, art. 284. Pothier, *ibid.*, n° 198. Ferrière sur l'art. 184, glose 1, n° 2, etc., etc. Contré, Brims, art. 214.

2690. Le don mutuel procurait au survivant l'usufruit de la part du prémourant dans la communauté. De cette façon, le partage de la communauté était différé jusqu'à la mort du dernier des deux époux, et ce qui avait été mis ou acquis en commun restait indivis aussi longtemps qu'un des deux membres de la société conjugale subsistait. Cet usufruit était régi par les règles ordinaires de ce droit. Le donataire était tenu de faire l'avance des dettes de la communauté pour la part de cette communauté dont il jouissait comme donataire. Mais il n'était aucunement tenu de payer les legs et autres dispositions testamentaires, parce que ces legs étaient considérés comme faits en fraude de ses droits [1].

2691. Telle était cette institution qui avait, dans notre ancienne pratique, une grande importance et que, pour cette raison, nous ne pouvions négliger de faire connaître.

Le Code a apporté dans cette matière des changements notables. Les deux traits distinctifs du don mutuel exigés par le droit coutumier étaient la réciprocité et l'égalité. Notre législateur n'asservit pas l'esprit de bienveillance et de générosité à des règles si étroites. Il laisse l'époux libre de donner à son conjoint, sans recevoir autant qu'il donne et même sans recevoir aucun avantage réciproque. C'est rendre à la donation son plus noble caractère que de la dégager d'une réciprocité nécessaire qui en altère la pureté.

Mais voici en quoi le Code Napoléon s'écarte surtout du don mutuel organisé par les coutumes. Tandis que le droit coutumier exigeait que les parties se liassent dans un seul et même acte, le droit moderne, au contraire, pour mieux assurer l'indépendance des époux, donne à chacun la liberté de se repentir, de changer de volonté même à l'insu du conjoint, et défend qu'un seul et même acte renferme deux dispositions qui ne sont pas ou ne doivent pas être la condition l'une de l'autre.

De plus, le droit coutumier n'admettait le don mutuel qu'à la condition que les époux n'eussent pas d'enfants. Sous le Code Napoléon, l'existence des enfants n'est pas un obstacle à des libéralités dictées par l'affection.

Enfin, le droit coutumier ne permettait qu'aux époux communs en biens de se faire un don mutuel sur leur part de communauté. Aujourd'hui, ils peuvent se gratifier, quel

que soit le régime sous lequel ils sont mariés.

En un mot, les époux peuvent, sous le Code Napoléon, se faire des donations mutuelles et réciproques, pourvu que ce ne soit pas dans un seul et même acte, et ces donations ne diffèrent en rien de substantiel de celles dont nous nous sommes occupés dans le commentaire de l'article précédent.

2692. Nous disons que notre article défend aux époux de s'avantager mutuellement et réciproquement par un seul et même acte. La cour de Rennes avait pensé que ce serait éluder l'art. 1097 que d'autoriser deux époux à se faire donation le même jour et à stipuler en présence l'un de l'autre, dans deux actes reçus par le même notaire, en présence des mêmes témoins [2]; qu'il n'y a aucune différence sensible entre cette manière de procéder et l'expression d'une volonté réciproque et mutuelle dans un seul et même acte. Mais l'arrêt de la cour de Rennes a été cassé et devait l'être [3]. Il pêche par une évidente exagération. Notre article défend l'unité de contrat et ne défend pas la contemporanéité des actes. L'ancienne jurisprudence, dans le même esprit que le Code, annulait les testaments mutuels, *in eodem chartâ*. Néanmoins, Salviat rapporte un arrêt du parlement de Bordeaux qui valida deux testaments qu'un mari et une femme avaient faits devant les mêmes notaires et devant les mêmes témoins, rangés dans le même ordre, mais par deux feuilles différentes et dans lesquels ils s'instituaient réciproquement [4].

2693. Observons, du reste, qu'une donation mutuelle que des époux se seraient faite par un seul et même acte authentique avant la promulgation du Code Napoléon, conserverait sa validité sous l'empire du Code, lors même que le décès d'un époux auquel était subordonnée la donation mutuelle, ne serait arrivé que depuis cette promulgation. Ce serait donner à l'article 1096 un effet rétroactif que de décider autrement [5].

2694. L'art. 1097, n'ayant été édicté que pour les donations, ne doit pas être étendu à des actes dans lesquels domine le caractère d'acte de commerce, d'opération sociale, d'affaire de communauté, bien qu'il en résulte un avantage mutuel pour les époux.

Nous avons vu dans notre Commentaire du *Contrat de mariage* [6], que le contrat par lequel un mari, avec des valeurs de la commu-

[1] Cout. de Paris, art. 286.

[2] Arrêt du 15 thermidor an xii (Devill., 2, 1, 414).

[3] Cassat., 22 juillet 1807 (Devill., 2, 1, 14).

[4] Salviat, Jurisprudence du parlement de Bordeaux,

p. 477. Merlun, *Répert.*, v^o Donation, sect. 21.

[5] Cassat., 23 juin 1815 (Devill., 4, 1, 382).

[6] N^o 1200. *Contrô.*, Rennes, 15 février 1840 (Devill., 40, 2, 226).

nauté, acquiert une rente viagère stipulée payable en totalité au profit du survivant des époux, est, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, un pacte de société, un acte aléatoire, dans lequel chacun des époux, espérant survivre, considère son intérêt propre. Ce n'est donc pas une donation mutuelle entachée de nullité pour avoir été constatée par un seul et même écrit.

2695. En est-il de même dans l'espèce suivante dont nous posons l'idée dans l'art. 281 de la coutume de Paris?

Cet article portait : « Père et mère mariant « leurs enfants peuvent convenir que leursdits « enfants laisseront jouir le survivant desdits « père et mère des meubles et conquêts du pré- « décedé, la vie durant du survivant, pourvu « qu'ils ne se remariant, et n'est réputé tel « accord avantage entre lesdits conjoints (1). »

Ce qu'il y avait de particulier dans ce cas, c'est que le don mutuel ici prévu par la coutume se faisait à l'occasion du mariage d'un enfant et que l'enfant, au préjudice duquel en général aucune donation entre époux même mutuelle n'était permise, était tenu, dans l'espèce, de laisser jouir le survivant de tous les conquêts, parce qu'il avait été marié et doté par ses parents (2). Il semblait juste que les père et mère, qui s'étaient imposés des sacrifices pour établir leur enfant, s'assurassent, pendant toute leur vie, le maintien de la position de fortune que l'état de mariage leur avait procurée. C'était un encouragement à doter les enfants; c'était pour les parents la récompense de l'accomplissement de ce devoir pieux. Si la coutume de Paris s'était écartée en ce point de la règle qui défendait le don mutuel aux époux ayant des enfants, c'était par des considérations qui avaient une couleur d'équité et de prévoyance dont on ne peut nier les bons côtés.

En principe, des époux qui avaient des enfants devaient s'oublier eux-mêmes pour songer d'abord aux intérêts de ces mêmes enfants. Ils ne pouvaient rien se donner l'un à l'autre; car leur avantage propre n'était pas le but principal qu'ils devaient poursuivre. Mais lorsqu'ils avaient établi leurs enfants et avaient ainsi pourvu à leur avenir, à ce moment où leur plus douce tâche était remplie, il leur était permis de stipuler pour eux-mêmes et de prévenir, par une convention prudente, le partage de la communauté. Tant que l'un d'entre eux vivait, le survivant conservait en vertu de cette convention la jouissance des meubles et des conquêts.

Il souffrait aussi peu que possible dans ses intérêts de la mort de son conjoint. Il n'assistait pas à ce triste partage qui non-seulement diminue les ressources, mais encore froisse les affections et les souvenirs de l'époux qui survit. Mais il est à remarquer que cette disposition propre à la coutume de Paris n'était pas suivie sous l'empire des autres coutumes (3). Si un enfant y était marié avec la clause dont il vient d'être question, il avait le choix ou d'exécuter la clause ou de rendre au survivant la moitié de ce qu'il avait reçu (4). Rien ne l'empêchait de demander au survivant, en qualité d'héritier du prédécédé, l'inventaire et le partage des biens de la communauté (5). On ne voulait pas que, par de pareils pactes, les parents portassent atteinte au droit commun en matière de don mutuel qui était une prohibition absolue en cas d'existence d'enfants.

De nos jours, il arrive assez souvent que des père et mère font entre leurs enfants le partage anticipé de leurs biens et se réservent l'usufruit des biens donnés au profit d'eux et du survivant d'entre eux. Cette réserve est-elle valable? Évidemment on ne peut en contester la validité par les raisons qui la faisaient rejeter dans les coutumes muettes, puisque aujourd'hui rien n'empêche les époux de se faire des donations mutuelles lorsqu'ils ont des enfants. Mais ne doit-on pas la déclarer nulle par cette autre raison, à savoir qu'elle présente une donation réciproque, contenue dans un seul et même acte?

Que la clause en question renferme une libéralité, c'est ce qu'on ne saurait contester. On ne peut méconnaître le caractère de donation dans un contrat qui donne à chacun des époux, en cas de survie, l'usufruit de la part de l'autre dans la communauté. Comment pourrait-on dire que c'est un pacte de société? Ou voit-on là une affaire de commerce (6), une opération sociale, qui ait la moindre analogie avec le cas examiné au n° 2694? C'est, si l'on veut, un arrangement de famille, mais un arrangement de famille qui aboutit à des avantages réciproques. Aussi est-ce comme une libéralité véritable, comme un don mutuel que le droit coutumier envisageait le pacte dont nous nous occupons. Si ce n'eût pas été une libéralité, les coutumes muettes ne l'auraient pas rejeté, et il n'aurait pas fallu l'article 281 de la coutume de Paris pour le faire passer par l'effort d'une disposition exceptionnelle, motivée sur une fiction.

Reste à savoir si, bien que donation mutuelle,

[1] Pothier, *Donat. entre mari et femme*, n° 255.

[2] *Ibid.*, n° 266.

[3] Ferrière sur Paris, art. 281, n° 34.

[4] Argou, liv. 3, ch. 3, in fine.

[5] Pothier, *loc. cit.*, n° 288.

[6] Ou comme dit la loi 58, D., *De donat. inter vir. et uxor.* : « *Negotium gestum.* »

la disposition ne pourrait pas être maintenue, quoique contenue *in eodem charta*; et cela par la raison qu'elle n'est pas directement constituée, et qu'elle est la condition et la charge de la libéralité faite à l'enfant doté. Nous serions enclin à adopter le parti de la validité. L'article 1097 condamne la double convention que les époux font entre eux dans un seul et même acte,

quand cette convention est l'objet principal et direct du contrat. Mais il ne nous semble pas qu'il doive en être nécessairement de même alors que la libéralité réciproque n'est pas la fin dominante et directe de l'acte, et qu'elle ne se présente que comme charge d'un contrat passé avec un tiers.

ARTICLE 1098.

L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens.

SOMMAIRE.

2696. Des seconds mariages. — Droit romain.
 2697. Edit des secondes nocces de 1360.
 2698. Le Code n'a conservé que l'un des deux chefs de l'édit.
 2699. La condition première de l'application de notre article est qu'il reste des enfants du premier lit.
 2700. Les enfants naturels ou légitimés comptent-ils?
 2701. Quid des enfants adoptifs?
 2702. Il faut que les enfants existent au décès de l'époux remarié.
 2703. De la renonciation et de l'indignité de l'enfant du premier lit.
 2704. La règle s'applique à un troisième comme à un second mariage.
 2705. Comment se calcule la part d'enfant le moins prenant?
 2706. Quand la donation est d'une valeur déterminée et excessive, la portion retranchée se répartit-elle entre les enfants et l'époux donataire?
 2707. L'époux le moins, en définitive, quand il a reçu une donation excessive, que lorsqu'il a reçu la donation d'une part d'enfant. — Pourquoi?
 2708. Du cas où des étrangers ont été gratifiés en même temps que la femme du second lit. — La quotité de l'article 1098 ne se cumule pas avec le disponible ordinaire.
 2709. Conséquences.
 2710. Du cas où l'époux remarié a fait des libéralités à ses enfants et à son second conjoint. — Celui-ci peut demander, non le rapport réel, mais la réunion fictive à la masse des avancements d'hoirie.
 2711. Quid si l'enfant donataire a été dispensé du rapport?
 2712. Le don fait avec dispense de rapport diminue la part d'enfant disponible, fût-il postérieur au don fait à la femme.
 2713. La part d'enfant se calcule-t-elle sur ce qu'un enfant recueilli en fait ou a droit de recueillir?
 2714. La renonciation d'un enfant influe-t-elle sur ce calcul?
 2715. De l'indignité d'un enfant.
 2716. Suite.

2717. Du cas où les enfants sont précédés et ont laissé des descendants.
 2718. L'époux peut avoir voulu donner moins qu'une part d'enfant.
 2719. Comment se calcule la part d'enfant qui a été donnée, lorsque le donateur ne laisse pas d'enfant?
 2720. Les conjoints d'un second ou subséquent mariage ne peuvent recevoir entre eux tous qu'une part d'enfant.
 2721. Notre article s'applique aux donations faites après la célébration du mariage ou en vue du mariage.
 2722. Qu'est-ce qu'on impute sur le disponible déterminé par l'art. 1098? — Des avantages résultant des conventions matrimoniales.
 2723. De l'action en réduction. — A qui appartient-elle et profite-t-elle?
 2724. Il n'est pas nécessaire d'être héritier pour l'exercer.
 2725. L'indigne, au contraire, ne saurait l'exercer.
 2726. Cette action s'ouvre au décès. — On ne peut y renoncer d'avance. — Mais on peut faire des actes conservatoires.
 2727. Ce qui est retranché à l'époux du second lit profite aux enfants indépendamment de leur réserve. — Exemple.
 2728. Soit.
 2729. Conciliation de cette solution avec celle donnée à une question analogue sur l'article 1094.
 2730. Du cas où le donateur lui-même a voulu la réduction.
 2731. L'article 917 est applicable à notre matière.
 2732. A moins que la volonté du disposant ne s'y oppose.
 2733. Nature de cette action en réduction.
 2734. Elle passe à tous les héritiers, et peut être exercée par les créanciers.
 2735. De l'estimation des biens pour fixer la quotité disponible. — Renvoi.
 2736. Caractère de la donation de part d'enfant.
 2737. Elle est caduque par le décès du donataire.
 2738. Les enfants ne peuvent être substitués à leur parent donataire.

COMMENTAIRE.

2696. Nous avons exposé ailleurs les systèmes qui dans le droit romain prévalurent suc-

cessivement sur les secondes nocces; Auguste les avait encouragées pour fonder de nouvelles fa-

milles, combler les vides de la cité [1]. Le christianisme les ayant envisagées avec une faveur moins exagérée [2], les empereurs chrétiens purent s'occuper, avec un soin plus impartial, de concilier les intérêts de la famille nouvelle, créée par les secondes nocces, avec les intérêts sacrés de la famille existante, trop oubliée dans la politique d'Auguste. Leur législation montre une sollicitude pieuse pour les enfants du premier lit, sollicitude qui fut surtout éveillée par les Pères de l'Église [3], et qui pour la première fois jeta dans le droit ces idées de protection dont le chancelier de l'Hôpital se fit de nouveau le défenseur dans l'édit de 1560.

C'est ainsi que Théodose le Grand, en 528, décida que tous les avantages recueillis de son premier époux par une femme qui se remariait, seraient attribués irrévocablement et avec garantie hypothécaire aux enfants du premier mariage, et ne pourraient être aliénés par elle au profit de qui que ce fût [4].

En 444, Théodose II et Valentinien III étendirent à l'homme veuf qui se remariait ce qui avait été établi par la constitution précédente pour la femme seulement [5].

Mais ce n'était pas tout, et il fallait prévoir le cas où un veuf ou une veuve ayant des enfants d'un premier lit, et possédant des biens propres, s'en dépouilleraient en faveur du second mariage. En conséquence, Léon et Anthémios, en 459, avisèrent à ce danger en n'autorisant que le don d'une part d'enfant le moins prenant [6].

2697. Tel était le système de garantie formulé par le droit romain pour les enfants dont les parents se remariaient.

Suivi d'abord dans les pays de droit écrit, il n'a été naturalisé dans le reste de la France que par un édit de 1560 du roi François II, rendu sous les inspirations de l'Hôpital et connu sous le nom d'édit des secondes nocces [7].

La dame Aune d'Alègre, qui avait sept enfants de son premier mariage, s'étant remariée

avec messire George de Clermont, qu'elle aimait avec passion et qui ne la prit que pour sa fortune, la donation excessive qu'elle lui fit donna occasion au chancelier de persuader au roi de rendre cet édit [8]. Il fut trouvé si sage, que plusieurs coutumes s'en approprièrent les dispositions à l'époque de leur réformation [9].

Il avait deux chefs, l'un emprunté à la loi *Feminae* et l'autre à la loi *Hæc edictali*; l'un frappant d'indisponibilité et d'une sorte de substitution au profit des enfants du premier lit les biens que l'époux qui se remariait tenait de la libéralité de son premier conjoint, l'autre limitant les dispositions permises à un époux remarié au profit de son conjoint [10].

2698. De ces deux chefs notre législation n'en a conservé qu'un seul, celui qui apporte une limite à la faculté de gratifier son nouvel époux. L'autre disposition a disparu. Elle avait pour inconvénient d'immobiliser des biens dont l'aliénation n'était plus permise. Elle engendrait de plus une énorme inégalité entre des enfants qui pour être de lits différents n'en sont pas moins frères.

Quant à la disposition qui limite étroitement ce qu'un époux peut donner au conjoint du nouveau lit au préjudice des enfants qui subsistent de la première union, elle a été maintenue dans l'article dont nous commençons le commentaire. On ne peut qu'approuver l'équité qui a porté les rédacteurs de notre Code à adopter des restrictions fondées sur la faveur des enfants du premier lit et sur les dangers de leur position au milieu d'une famille nouvelle qui s'élève avec des intérêts opposés. S'il est vrai que les secondes nocces n'ont rien que de licite; s'il est vrai, comme le dit Henrys, qu'elles réparent quelquefois les désordres faits par la mort dans les familles et leur servent de seconde ou dernière table après le naufrage [11], il n'est pas moins certain qu'elles sont très-souvent un sujet d'antagonisme entre deux familles, qu'elles ex-

[1] *Influence du Christianisme*, part. 2, ch. 3 et 4.

[2] *Ibid.*, part. 2, ch. 4.

[3] Saint Ambroise, par exemple (*loc. cit.*, ch. 4).

[4] L. 3, C., *De secund. nupt.*, commençant par le mot *Feminae*, l. 8, § 4 et l. 2, Cod. Théod., *De secundis nuptiis*.

[5] L. 5, C., *De secund. nupt.*

[6] L. 6, C., *De secund. nupt.*, dont les premiers mots sont *Hæc edictali*. Voy. sur cette matière Cujas, *ad cod. tit. De secundis nuptiis*; Balde, au même lieu; Fichet, *contr. lib. 3*, esp. 63 et suiv.; Zasius, *ad Pand. De ritu nupt.*; Pérezius, sur le Code, tit. *De secundis nuptiis*; Voet, *De ritu nupt.*, n° 116 et suiv. Favre, C., *De secundis nupt.*

[7] *Influence du Christ.*, part. 2, ch. 5.

[8] Cujas sur la loi *Hæc edictali*: « *Edictum Leonis imperatoris est nova coercitio secundarum nuptia-*

rum, quod non utebatur Gallia antequam edidisset » *Franciscus II ex suggestione quæstoris optimi et doctoris tiamis Michaelis Hospitalis, quem honoris causa non minus, etc.*, etc. »

[9] Cujas sur la loi *Hæc edictali*; Brodeau sur Louet, lettre N, somm. 3, n° 8. Ferrière sur Paris, art. 279, gloss. 2, n° 6. Il donne le texte de l'édit et le préambule qui est bon à lire.

[10] Paris, art. 279. Orléans, art. 255. Amiens, articles 107 et suiv.

[11] Voy. Henrys, l. 2, p. 213, 223, 407. Lebrun, *des Success.*, liv. 2, ch. 6. Ferrière, *cout. de Paris*, art. 279. Ricard, *Donat.*, p. 3, n° 1167 et suiv. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 332 et suiv. Merlin, *Repert.*, v° *Secondes nocces*.

[12] Liv. 4, ch. IV, § 13.

posent les enfants du premier lit au danger de tendresses plus grandes pour l'union la plus récente [1] et qu'il est indispensable de mettre des barrières à des surprises coupables et à de malheureux entraînements [2].

Le Code prescrit donc qu'un père ou une mère ne puisse pas faire à son nouveau conjoint une condition meilleure que celle d'un enfant le moins prenant ; et comme il y a des cas où cette part d'enfant le moins prenant est par exemple de moitié ou du tiers, notre article, immuable sur les lois antérieures qui permettaient de donner au second époux jusqu'à moitié des biens, a décidé que les libéralités ne dépasseraient jamais un quart des biens du disposant.

2699. Recherchons maintenant le sens pratique de ces dispositions.

Puisque la prohibition contenue dans notre article a été prononcée contre le nouvel époux en faveur des enfants d'un autre lit, il s'ensuit qu'elle ne peut avoir lieu qu'autant que l'époux qui convole a des enfants d'un précédent mariage [3]. Le contexte de notre article le dit suffisamment : « L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, etc. » Quand il n'y a pas d'enfants d'un autre lit, rien n'empêche l'époux qui convole de concentrer toutes ses affections sur sa nouvelle union.

Le mot « enfants » comprend non-seulement les fils, mais encore les petits-fils, de telle sorte que si les enfants du convolant sont morts et qu'il lui reste des petits-enfants, le droit de donner au nouvel époux sera restreint dans les limites de l'art. 1098 [4]. L'édit de 1360 s'en expliquait formellement et parlait des « femmes » veuves, ayant enfants ou enfants de leurs enfants [5]. »

2700. Les enfants dont l'existence est prise en considération pour restreindre la capacité du nouvel époux, doivent être issus du légitime mariage de celui qui convole. On sent aisément que la faveur qui a dicté l'art. 1098 ne peut s'étendre au fruit du libertinage et de la débauche.

Mais les enfants légitimés ont le droit d'invoquer notre article ; ils comptent comme enfants du mariage qui les a légitimés. Le vice de leur naissance se trouve entièrement corrigé pour l'avenir par la légitimation [6].

2701. Il n'en est pas de même des enfants adoptifs. Bien que la loi leur accorde sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'aux enfants légitimes [7], néanmoins leur introduction dans la famille n'équivaut pas à un mariage. Or l'existence d'un précédent mariage est une condition nécessaire de l'application de l'article 1098 [8]. La loi, qui a craint que l'adoption ne détournât du mariage, n'a certainement pas voulu être défavorable à celui qui, après avoir adopté, chercherait, dans le mariage, une famille naturelle, plus profondément identifiée avec lui-même.

2702. Mais à quel moment faut-il considérer si l'époux qui convole a des enfants d'un autre lit ? C'est, non pas au moment de son convol en secondes nocces, mais au moment de son décès. En effet, l'art. 1098 n'ouvre qu'une action en réduction contre des libéralités excessives, et il est de règle qu'une action en réduction ne s'ouvre qu'après le décès du disposant. Cette réduction n'étant établie que par faveur pour les enfants du premier lit, il s'ensuit qu'elle ne peut avoir lieu si la mort les a enlevés avant leur parent [9]. C'est que nous disons de la mort naturelle était également vrai de la mort civile, lorsque cette peine existait dans notre législation. Celui qui était mort civilement était censé ne plus exister relativement à la succession de ses parents [10].

Quant à celui qui, aujourd'hui que la mort civile est abolie, a été condamné à une peine afflictive perpétuelle, il faut faire attention qu'aux termes de la loi du 31 mai 1854, il n'est déclaré incapable que de recevoir par donation ou par testament ; d'où il suit qu'il n'est incapable ni de succéder *ab intestat*, ni d'exercer des droits de réduction que lui confère la loi et non la volonté de l'homme.

2703. La renonciation que l'enfant du premier lit ferait à son droit ou son indignité ne ferait pas que cet enfant n'eût existé avec une pleine capacité. Le droit de réduction se serait ouvert, et l'art. 1098 serait applicable au profit de qui de droit. Nous reviendrons sur cette question, lorsque nous nous demanderons au profit de qui est établie l'action en réduction résultant de cet article.

[1] *Generare liberos vis, non fratres futuros tuorum ad adversarios fieri. Quid est ergo generare alios, nisi spoliare quos habes liberos, quibus pariter auferuntur et pietatis officium et compendia facultatum ?* Saint Ambroise, *De viduis*. Jugez Pérégrin, *ad Cod., De secund. nupt.*, n° 17, qui dit : *Liberis prioris matrimonii per secundas nuptias irrogata videtur injuria, et cura contempta*. Voyez aussi Homère, *Odyssée*, 6.

[2] Voet, *De ritu nupt.*, n° 100.

[3] Pérégrin, *prolet.* in *Cod., De secund. nupt.*, n° 5.

[4] Voet, *De ritu nupt.*, n° 110.

[5] Pothier, *loc. cit.*, n° 335.

[6] Zacharie, § 690, note 6.

[7] Art. 350 du C. Nap.

[8] Zacharie, § 690, note 7.

[9] Voet, *De ritu nuptiarum*, n° 128. Pothier, *ibid.*, n° 560.

[10] Toullier, t. 3, n° 878.

2704. Nous avons parlé jusqu'à présent d'un second mariage et des enfants d'un premier lit. Mais il est évident que la règle serait la même, s'ils agissaient d'enfants d'un second mariage ayant à se plaindre d'un convoi en troisièmes nocés. En un mot, la loi protège les enfants d'un mariage contre les fâcheuses conséquences d'une union subséquente de leur père ou de leur mère [1].

2705. Voyons maintenant en quoi consiste la part d'enfant le moins prenant.

Il y a plusieurs hypothèses à envisager.

Il est possible que le conjoint ait donné à son nouvel époux une part d'enfant, sans avoir fait d'autres libéralités.

Il est possible qu'il lui ait fait, non pas le don d'une part d'enfant, mais un don exorbitant d'une valeur certaine, sans d'ailleurs avoir fait aucune autre libéralité.

Il est possible qu'il ait donné à son conjoint une part d'enfant et qu'il ait en même temps fait à d'autres personnes des donations.

Arrêtons-nous au premier cas : pour déterminer la part d'enfants, il suffit d'ajouter le conjoint donataire au nombre des enfants du premier ou du second lit et de faire une répartition entre tous. La part d'enfant se trouve ainsi fixée. Ainsi, y a-t-il trois enfants, l'époux comptera pour un quatrième, et il prendra le quart.

Y a-t-il quatre enfants ? l'époux sera considéré comme un cinquième enfant, et son don sera du cinquième des biens, et ainsi de suite [2].

Que s'il n'y a que deux enfants, la donation faite au second époux devrait être du tiers en suivant la même méthode de calcul. Mais n'oublions pas qu'aux termes de notre article la donation faite à l'époux du second mariage ne doit jamais excéder un quart de la succession; le tiers sera donc réduit au quart.

2706. Notre second cas a lieu, quand, au lieu de donner une part d'enfant, le disposant a fait à son second époux un don d'une valeur certaine susceptible de réduction.

Il faut considérer d'abord l'époux donataire comme un étranger, séparer dans la succession la partie réservée de la partie disponible, distribuer la portion réservée entre les enfants, prendre le don de secondes nocés sur la portion disponible, puis enfin retrancher sur ce don ce

qu'il a d'exorbitant, ce dont il excède la part de chaque enfant. Jusque-là point de difficulté.

Mais que fera-t-on de cet excédant enlevé à l'époux donataire ? Le répartira-t-on entre les enfants et l'époux donataire, ou bien entre les enfants à l'exclusion de l'époux donataire ?

La glose sur la loi *Hac edictali* [3] paraît décider que le second époux doit prendre dans la portion retranchée la même part que celle qu'y prendra l'un des enfants. C'est aussi l'avis de Renusson [4].

La raison de ces auteurs est que le second époux a déjà dans ce qui lui reste autant que chacun des enfants. Si les enfants se partagent entre eux la portion retranchée sur la donation sans y faire participer le donataire, ils auront plus que ce dernier. Or, la loi prescrit l'égalité, et l'égalité est détruite à l'avantage des enfants [5].

Nonobstant ces raisons, Ricard et Pothier se sont prononcés en sens contraire [6]. Ils se fondent sur les termes de la loi *Hac edictali*, § 6, et de la novelle 22, cap. 27, où il est dit : *quod plus est in eo quod relictum aut datum est aut nocera aut vitrico... compellit filius; et inter eos solos ex æquo dividitur*. Or, les textes de ces lois doivent servir d'interprétation et à l'édit qui en a été tiré, et au Code Napoléon qui a voulu les suivre. De plus, est-il raisonnable que la réduction exercée contre le donataire lui profite ? L'art. 921 du Code Napoléon ne décide-t-il pas expressément que le donataire ne peut point profiter de la réduction [7] ?

Montrons par une espèce l'application de ces idées.

Titius, remarié en secondes nocés, a laissé quatre enfants d'un premier mariage; il institue sa femme son héritière universelle par contrat de mariage, et décède, ayant 80,000 francs de biens.

Le quart disponible est de 20,000 fr.; la réserve est de 60,000 fr. Cette réserve, partagée entre les quatre enfants, donne 15,000 fr. pour chacun. La part d'enfant le moins prenant sera donc de 15,000 fr., et l'institution universelle de la femme, qui, si elle eût été faite à un étranger, eût pu comprendre les 20,000 fr. disponibles, sera réduite à 15,000 fr. Les 5,000 francs restants seront partagés entre les enfants et augmentent la part de chacun de 1,250 fr. En

[1] Ricard, n° 1288.

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Noces (secondes)*, p. 376, col. 2, n° 4. Toullier, t. V, n° 884.

[3] Sur les mots : *Inter eos dividi*.

[4] *Traité de la Communauté*, p. 4, c. 3, n° 67. Voy. Bergier, sur Ricard.

[5] Delvincourt, t. II, p. 445, édit. de 1834. Yazeille

sur l'art. 1098, n° 17. Zacharie, § 690, note 35, t. 3, p. 226 et 227. Ancelot sur Grenier, t. IV, n° 704, note A.

[6] Ricard, *Donat.*, p. 3, n° 1319. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 594.

[7] Voy. Ricard, n° 1320.

résultat, les enfants auront pour part dans la réserve. 15,000 fr.
pour part dans la réduction. 1,250 fr.

Au total. 16,250 fr.

La femme devra se contenter de 15,000 fr. seulement.

Le système contraire opérant une égale répartition des 5,000 fr. retranchés entre les enfants et le donataire, aurait donné pour chacun d'eux une somme de 16,000 fr.

2107. Faisons observer que ce dernier résultat eût été très-régulièrement obtenu, si le donateur, au lieu de se livrer aux excès d'une affection désordonnée, eût tout simplement donné à sa femme une part d'enfant.

De là on tire une objection contre notre opinion. Comment expliquer que l'époux donataire ait un bénéfice différent, suivant que le disposant lui aura donné une part d'enfant ou lui aura fait le don de toute sa succession? N'est-il pas bizarre que le donataire ait moins, précisément dans le cas où le donateur a exprimé la volonté de lui donner plus? La quotité disponible dont le conjoint a le droit de profiter ne doit-elle pas être la même, soit que le donataire ait reçu expressément cette quotité, soit que, ayant reçu davantage, il soit réduit à cette quotité?

La réponse à cette objection est facile. D'abord, dans le cas où le donataire s'est tenu dans les termes de la loi, il n'y a pas lieu à réduction. Au lieu que lorsqu'il s'en écarte par un excès, il faut opérer une réduction; ce qui suscite contre lui la disposition de l'art. 921 du Code Napoléon citée tout à l'heure.

De plus, lorsque l'époux a contrevenu à la loi en donnant plus qu'une part d'enfant, son conjoint, qui doit être considéré comme complice de cette contravention, doit en être puni; et cette peine est le retranchement de l'excédant pour en faire tourner le profit exclusif aux enfants [1]. Lorsque au contraire un époux donne à l'autre une part d'enfant, il se conforme à la loi. Le donataire, qui n'a pas voulu avoir plus que la loi ne le permet, est favorable; et pour suivre à la fois et la prescription de la loi et l'intention du donateur, il faut le traiter absolument comme l'enfant le moins prenant.

Il est donc raisonnable que dans deux cas si différents les résultats ne se ressemblent pas et que le donataire ne recueille pas les mêmes avantages [2].

2108. Passons au troisième cas, celui où la donation faite au conjoint du nouveau mariage n'est pas seule, et où le même époux a fait d'autres libéralités. Ce cas se subdivise; car les libéralités ont pu être faites à des étrangers ou à des enfants du disposant.

Supposons d'abord que ce sont des étrangers qui ont été gratifiés, indépendamment du nouvel époux; par exemple, Titius donne à un étranger 15,000 fr., puis à sa seconde femme une part d'enfant. Il meurt laissant quatre enfants de son premier lit et 80,000 fr. de fortune. Les donations toutes ensemble ne peuvent pas excéder le quart des biens, savoir 20,000 francs, et les trois quarts réservés aux enfants, à savoir, 60,000 fr., procurent à chaque enfant, à titre de réserve, 15,000 fr. Telle est la part d'enfant le moins prenant. Le second époux, s'il avait été seul gratifié, pourrait recevoir 15,000 fr. Mais sur la quotité disponible qui est de 20,000 fr., s'impute d'abord une donation antérieure en date de 15,000 fr. Reste 5,000 fr. dont la belle-mère devra se contenter.

Cette solution dérive du principe que la quotité disponible fixée par l'art. 1098 ne saurait être cumulée avec celle de l'art. 913; elle se confond avec celle-ci jusqu'à due concurrence. Si, comme nous l'avons prouvé précédemment, la quotité disponible déterminée par l'art. 1094 au profit du conjoint le plus favorable, celui d'un premier mariage, ne s'ajoute pas à la quotité disponible ordinaire, mais se confond avec elle jusqu'à concurrence de la quotité la plus faible, à plus forte raison en est-il de même de la portion disponible spéciale au conjoint d'un second lit [3].

2109. De là des conséquences faciles à déduire et qui ont été consacrées par les tribunaux.

La première est que si le disposant, lorsqu'il contracte un second mariage, a déjà épuisé par des libéralités la quotité disponible ordinaire de l'art. 913, il ne peut plus rien donner à son nouvel époux. Car la quotité de l'art. 1098, quelquefois plus faible, jamais plus forte que celle de l'art. 913, n'est plus libre dans ses mains [4].

La seconde est que, en sens inverse, lorsqu'une personne qui a trois enfants dont deux d'un premier lit, a donné à son second époux l'usufruit de la moitié de ses biens et que cet usufruit est jugé équivalent à un quart en pleine

[1] Ricard, n° 1320.

[2] En ce sens, Grenier, I. IV, n° 708. Chabot, *Quest. franc.*, p. 141, n° 15. Dalloz, *Repert. méth.*, v° *Dispos. entre-vifs et test.*, I. 6, ch. 12, sect. 4, art. 2, n° 37.

[3] Duranton, I. IX, n° 815. Zachariz, I. V, p. 229, § 696.

[4] Cassat., 2 fév. 1819 (Devill., 6, I, 18). Lyon, 14 mai 1815 (Devill., 4, 2, 308).

propriété, cette personne ne peut plus disposer de rien au profit de qui que ce soit (1).

2710. Supposons, maintenant, que les libéralités qui accompagnent la donation faite au nouvel époux ont été faites à des enfants du donateur.

Il faut distinguer si l'enfant donataire a été ou non dispensé du rapport, s'il a été ou non avantagé par préciput.

Plaçons-nous dans l'hypothèse où la libéralité faite à l'un des enfants n'a pas été affranchie du rapport, mais a le caractère d'un avancement d'hoirie, et posons une espèce.

Titius a quatre enfants; il fait à l'un d'eux un don qu'il ne dispense pas du rapport et qui se monte à 10,000 fr. : il fait un testament dans lequel il lègue à sa femme une part d'enfant le moins prenant. Il meurt, laissant 90,000 fr.

Les enfants non donataires pourront évidemment demander que leur frère fasse le rapport des 10,000 francs à lui donnés par avancement d'hoirie. Mais ce rapport devra-t-il profiter à la femme du second lit ?

Si elle en profite, il faudra joindre les 10,000 francs donnés aux 90,000 fr. existants au décès du testateur, et dire qu'elle pourra prétendre le cinquième de 100,000 francs, c'est-à-dire 20,000 francs.

Si elle ne doit pas en profiter, sa portion devra se régler sur les 90,000 fr. restants, et son cinquième ne sera que de 18,000 fr.

La raison de douter de son droit de profiter du rapport, se tire du principe émis dans l'article 857 du Code Napoléon : « Le rapport n'est » dû que par le cohéritier à son cohéritier ; il » n'est pas dû aux légataires ni aux créanciers » de la succession. » Mais cette objection ne saurait nous arrêter si l'on se rapporte à ce que nous avons dit *suprà* [2] dans une question analogue. Ici, comme dans le cas auquel nous renvoyons, il s'agit de composer la masse sur laquelle une quotité disponible doit être calculée. Or, il ne faut pas confondre le rapport réel, effectif, établi par la loi dans un intérêt d'égalité entre héritiers, rapport que les héritiers seuls peuvent demander, avec la réunion fictive à la masse des biens et l'imputation sur la réserve, dont le but est de déterminer la quotité disponible dans l'intérêt des donataires étrangers.

Dans notre espèce, la femme avantagée n'a sans doute pas le droit d'exiger le rapport réel de ce qui a été donné à un enfant ; elle ne peut pas prendre sur des biens déjà donnés une libé-

ralité qui lui a été faite postérieurement à la donation (3). Mais elle a le droit de faire calculer la part d'enfant sur une masse intégrale et complète ; elle a le droit de faire augmenter cette part de ce qui n'a été donné aux enfants qu'en avancement d'hoirie et doit être imputé sur leur réserve (4). C'est en agissant ainsi qu'elle fera respecter la volonté du père de famille ; car, en donnant par avancement d'hoirie, il n'a pas pensé entamer sa quotité disponible ; il a voulu seulement faire jouir son enfant de la réserve par anticipation.

2711. La solution n'est plus la même lorsque la donation faite à l'un des enfants a été dispensée du rapport. Pour déterminer alors la part d'enfant qui a été attribuée au second conjoint, il ne faut prendre en considération que la part de chaque enfant dans la partie indisponible de la succession. En effet, l'héritier qui a reçu une libéralité avec dispense de rapport est pareil à un donataire étranger. Il conserve le don jusqu'à concurrence de la quotité disponible ; et bien qu'il succède d'ailleurs, il n'en communique pas le bénéfice à ses cohéritiers.

2712. Cette règle, tout à fait évidente quand la donation faite à l'époux suit le don par préciput, n'est pas moins certaine alors que c'est le don par préciput qui vient après le don fait au conjoint.

Par son contrat de mariage, passé le 6 juin 1820, Guilbeau père a fait donation à son épouse en secondes noces, pour le cas où elle lui survivrait, d'une portion d'enfant égale à celle que le moins prenant recueillerait dans sa succession.

Par son testament, en date du 2 juin 1824, il a légué par préciput et hors part, à Pierre Guilbeau, son fils, 6,000 fr. et à la femme Vigné, sa fille, 4,000 francs.

La veuve voulait que, pour calculer la part d'enfant le moins prenant, à laquelle elle avait droit, les sommes léguées par préciput fussent réunies à la masse.

Mais cette prétention a été repoussée, avec raison, par arrêt de la cour de Paris du 19 juillet 1835, « attendu que si la femme, pour faire » fixer cette part d'enfant, peut exiger le rap- » port des dons et legs faits par son mari, elle » ne peut néanmoins demander ce rapport » qu'autant que les enfants eux-mêmes auraient » droit de l'exiger, et qu'elle n'est pas fondée à » critiquer les dispositions de son mari toutes » les fois que sa portion se trouve être équiva- » lente à celle revenant à un des enfants réduit

[1] Cassat. rej., 21 juillet 1821 (Devill., 4, t. 399).

[2] N° 979 et suiv.

[3] Paris, 9 juin 1836 (Devill., 36, 2, 336. *Journal*

du Palais, t. XXVII, p. 1417).

[4] Paris, 20 février 1809 (Devill., 3, 2, 28. *Journal du Palais*, t. VII, p. 392).

« à sa portion dans la quotité non disponible... ;
 « attendu que, bien que la donation faite par
 « Guilbeau à sa seconde épouse fût irrévocable
 « et antérieure au testament, cependant le droit
 « résultant de cette donation, en faveur de la
 « veuve Guilbeau, ne pouvait être fixé qu'à la
 « mort de son mari, puisque seulement à cette
 « époque il devenait possible de déterminer la
 « part d'enfant (1). »

Rien n'est plus juridique que cette décision. Qu'a donné le disposant ? Une part d'enfant le moins prenant. Donc, tout ce qui, dans l'avenir, vient diminuer la part d'un enfant, diminue nécessairement l'avantage fait au conjoint. La part d'enfant ne saurait être déterminée qu'au décès et après que le donateur a usé du droit qui lui appartenait de faire des libéralités. L'époux donataire n'a donc pu compter que sur un avantage variable, élastique et susceptible de plus ou de moins. C'est là ce qui explique pourquoi la donation, bien qu'irrévocable, peut être influencée par des dispositions postérieures et par le fait testamentaire du donateur.

2713. Jusqu'à présent, nous avons cherché à fixer, d'après les principes du droit, quelle peut être la part d'enfant le moins prenant qui peut être donnée au conjoint par l'époux qui convole. Mais il est possible qu'un enfant recueille en fait moins que sa part de droit, et cela par suite d'une renonciation à une partie de ses droits. On demande, en pareil cas, si, pour déterminer le droit de l'époux donataire, il faut prendre pour base ce que l'enfant moins prenant recueille en fait, ou bien ce qu'il pourrait recueillir en droit.

Cette question avait été fort agitée jadis. Elle se présentait surtout dans un cas qui ne peut plus se vérifier aujourd'hui, mais qui, par analogie, peut nous mettre sur la voie de la réponse à notre question.

Un père, en mariant sa fille, lui avait constitué une dot inférieure à la quotité de sa légitime et lui avait fait renoncer à sa succession future. La femme en secondes noces de cet individu devait-elle être réduite à une part égale à la dot, ou bien pouvait-elle demander une part égale à la légitime ? En un mot, fallait-il prendre pour base le fait ou le droit ?

La jurisprudence avait varié. On décidait au-

ciennement qu'il fallait s'en tenir au fait, et que l'époux ne devait pas avoir plus que n'avait par sa volonté l'enfant le moins prenant (2).

Mais l'opinion contraire, plus favorable à l'époux, finit par l'emporter. On reconnut que la quotité disponible en faveur de cet époux ne devait pas être laissée à l'arbitraire des enfants. La part de l'enfant le moins prenant, telle que la loi l'envisage, est la part d'un enfant qui succède et non pas la part que se fait un enfant par sa volonté, par des renonciations et des arrangements de famille contraires à son droit. C'est en ce sens que les arrêts (3) et les auteurs (4) se sont prononcés en définitive.

On en tirait la conséquence que si un enfant qui avait reçu un don inférieur à sa légitime s'abstenait d'agir en supplément, il ne portait pas atteinte au droit de l'époux survivant d'avoir l'équivalent de sa légitime (5); qu'il ne fallait pas avoir égard à la dot dont une fille devait se contenter par suite d'une renonciation insérée dans son contrat de mariage, pour régler le disponible de l'époux du second lit (6); et qu'à plus forte raison ne fallait-il tenir aucun compte de la situation d'un enfant qui, exhéredité pour juste cause, n'aurait reçu que des aliments (7), ou n'aurait rien à prétendre (8).

Cette seconde doctrine, qui est la vraie, doit nous servir de guide sous le Code Napoléon dans les cas analogues.

Supposons, par exemple, qu'un des enfants ait reçu une donation en avancement d'hoirie et que ses frères négligent ou refusent de demander le rapport. Ce fait ne nuira pas au nouvel époux, qui, ainsi que nous l'avons établi, profite du rapport pour la fixation de sa portion disponible (9).

Les enfants peuvent bien renoncer tant qu'ils veulent à leur droit, mais, par leur silence ou leur collusion, ils ne sauraient préjudicier à leur beau-père ou belle-mère à qui une part d'enfant est assurée par le défunt. « *Quo re-medio si experiri nolint, dicit Voet, sed acquiescendum putent, juri quidem suo renunciare possunt, et non prajudicare juri nocere, cui filialis portio ex testamento vel pacto dotati est debita* (10).

2714. Ce que nous venons de dire d'une renonciation partielle ne s'en suit pas quand

[1] Devill., 33, 2, 337.

[2] Chenu, 1^{re} Cent., quest. 66, in *Ann. Choppin*, lib. 3, in *consuet. And.*, c. 11, tit. 1, num. 9. A. Favre, *Code*, lib. 5, tit. 5, *de fin.*, §, note 7.

[3] Brodeau et Louet, lettre N, somm. 5, n° 22. Expilly, ch. 167 de ses arrêts.

[4] Voet, *De ritu nupt.*, n° 130. Pérégrin, *ad Cod.*, *De secundis nupt.*, n° 17. Favre, *Code*, lib. 5, tit. 5,

def. 5. Ricard, *Donat.*, p. 5, n° 1264 et suiv. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 561 et suiv.

[5] Pothier, *ibid.*, n° 561.

[6] Pothier, *ibid.*, n° 562.

[7] Ricard, *ibid.*, n° 1266. Pothier, *ibid.*, n° 563.

[8] Ricard, *loc. cit.*, n° 1268.

[9] *Supra*, n° 2710.

[10] *De ritu nuptiarum*, n° 130, in *Ann.*

un enfant se prive de toute part dans la succession par une renouciation volontaire pure et simple. Il faut régler les choses comme s'il avait reçu la part que la loi lui a faite [1].

2715. Nous disons même que l'enfant, que son indignité dépouille de sa part, doit compter comme s'il la prouvait en réalité. Ce n'est pas le fait de sa peine qu'on considère ; c'est la part à laquelle il avait droit et qu'il aurait reçue sans son indignité. L'époux ne saurait être réduit à rien pour des faits qui lui sont étrangers [2].

2716. Et, puisque dans toutes ces questions le droit l'emporte sur le fait, on ne mesurera pas la part de l'époux sur la part des enfants augmentée de la part de l'indigne ou du renoucié, laquelle doit se diviser entre eux. On prendra les choses telles qu'elles ont été réglées au jour du décès, comme s'il n'y avait pas eu de renouciation ou d'exclusion pour indignité. Sans quoi l'époux profiterait indirectement de la renouciation ou de la peine de l'indigne, et c'est là ce qu'on ne saurait admettre.

2717. Quand un enfant du premier degré est décédé et qu'il est représenté par des descendants, ces petits-enfants sont comptés purement et simplement pour celui qu'ils représentent dans la succession du disposant, et la donation faite au nouveau conjoint n'est pas réduite à la part que l'un des petits-enfants a dans la subdivision du lot échu à sa souche [3]. Telle est la conséquence de l'art. 740 du Code Napoléon [4].

Ceci cependant faisait doute dans l'ancien droit, alors que le disposant n'avait de son premier mariage qu'un seul enfant, lequel précédait en laissant des descendants. De graves autorités pensaient, en pareil cas, que le second époux ne pouvait prendre, dans les biens du disposant, qu'une part égale à celle du petit-fils le moins prenant, bien que, si l'enfant du premier degré ne fût pas mort, on eût dû considérer sa personne et sa part et non celle de ses enfants. Pour le décider ainsi, Brodeau se fondait sur le texte de l'édit qui répétait plusieurs fois : « Plus qu'à l'un de leurs enfants, ou » enfants de leurs enfants [5], » et il citait à l'appui un arrêt du parlement de Paris de 1651. Ricard [6] et Pothier [7], tout en acceptant cette solution, lui donnaient pour base une autre raison, à savoir, que la représentation n'a pas lieu dans le cas proposé ; car elle n'est une

fiction utile que lorsqu'il y a plusieurs souches, et elle est dépourvue de sens quand il n'y a qu'une seule souche.

Nous devons dire cependant que cette opinion n'était pas unanime ; Cambolas rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, du 16 mai 1619, qui décide que tout ce qui est pris par les petits-enfants ne doit être considéré que comme une même portion sur laquelle doivent être mesurés les avantages faits au second époux, et non pas sur ce que chacun des petits-enfants prend en particulier [8].

Sous le Code, le sentiment de Brodeau, de Ricard et de Pothier est généralement rejeté, et il devait l'être. L'art. 914 nous dit que, pour la détermination de la quotité disponible, les descendants, en quelque degré que ce soit, ne sont comptés que pour l'enfant qu'ils représentent dans la succession du disposant, et nous avons vu que cet article embrasse le cas où les petits-enfants sont tous issus d'un fils unique prédécédé [9]. Or, qu'il s'agisse de fixer la quotité disponible ordinaire, ou la quotité spéciale au conjoint du second mariage, la règle doit être la même. Serait-il juste que la mort prématurée d'un fils du disposant et le nombre des descendants que ce fils laisse, échangeassent l'étendue de la quotité disponible du père de famille [10] ?

2718. Du reste, en cette matière comme dans toute la matière des donations et testaments, il y a des questions de volonté qui s'écartent des règles habituelles du droit. C'est par les circonstances qu'elles doivent être résolues.

Ainsi, il est possible que le donateur, en donnant à son époux une part d'enfant le moins prenant, ait entendu lui donner, non pas l'équivalent de ce que l'enfant le moins prenant recueille sur l'ensemble de ses biens, mais l'équivalent de sa part dans une portion limitée de son patrimoine. Nous trouvons un exemple de cette particularité dans une espèce jugée par la cour de Douai.

Nicolas Ducaestel, en contractant un second mariage, avait donné à sa femme une part d'enfant ; mais il avait rappelé dans le contrat que, conformément aux art. 1078 et suivants, il avait fait à ses enfants d'un précédent lit le partage anticipé de plusieurs lots d'immeubles par forme de donation entre-vifs, ajoutant qu'il n'avait

[1] *Suprà*, n° 784.

[2] *Suprà*, n° 795.

[3] Ricard, *loc. cit.*, n° 1271. Pothier, *loc. cit.*, n° 364.

[4] Toullier, t. V, n° 877.

[5] Sur Louet, lettre N, somm. 3, n° 22, arrêt de 1651.

[6] *Donat.*, *loc. cit.*, n° 1272 et suiv.

[7] *Op. cit.*, n° 565.

[8] Lrv. 6, ch. 18.

[9] *Suprà*, n° 797.

[10] Grenier, t. IV, n° 705. Toullier, t. V, n° 877. Delvincourt, t. II, p. 442, édit. de 1834. Duranton, t. IX, n° 805.

plus sur ces biens d'autres droits que l'usufruit qu'il s'en était réservé.

Dans ces circonstances, la cour de Douai crut pouvoir décider que le mari n'avait entendu donner et que l'épouse n'avait entendu recevoir qu'une part des biens existants au décès, autres que ceux dont disposition irrévocable avait été faite auparavant [1].

2719. Il reste une assez grave difficulté sur la fixation de la part d'enfant. Supposons que le conjoignant ait donné à son nouvel époux une part d'enfant, et qu'ensuite ses enfants du premier lit viennent à précéder sans postérité. Comment se règlera la part d'enfant, n'y ayant plus d'enfants?

Cette question était diversement résolue dans l'ancien droit. Les uns voulaient que l'époux douataire eût tout le patrimoine [2]; les autres voulaient qu'il n'eût rien. Voci [3] décide que la part d'enfant doit comprendre la moitié des biens. Ricard [4], Pothier [5], adoptent cette solution. Un arrêt de 1765 [6] l'a consacrée.

La raison de cette décision est que celui qui, soit par contrat de mariage, soit par testament, a donné à sa seconde femme une part d'enfant, n'a pas voulu lui donner la totalité de son patrimoine, mais seulement une portion, et que cette portion n'étant pas fixée par le disposant ni par aucun équivalent, il faut dire que le donateur a voulu donner la moitié d'après la règle contenue dans la loi 164, § 1, D., *De verb. signif.* : *Sed si non fuerit portio adjecta, dimidia pars debetur* [7].

Mais cette décision ne peut plus être suivie sous le Code Napoléon, et il faut dire que par le mot « part d'enfant », le donateur n'a pu avoir en vue que le quart de ses biens au plus; car l'article 1098 ne permet pas que la part d'enfant s'élève au-dessus de ce taux [8], et le testateur n'est pas censé avoir voulu autre chose que la loi, surtout lorsqu'il s'est servi des formules employées par la loi elle-même.

Vazeille n'admet pas cette solution [9]; il croit que l'époux doit avoir tout le disponible, par conséquent la succession entière si le donateur ne laisse que des collatéraux, une moitié ou trois quarts s'il laisse des ascendants dans une ligne ou dans les deux lignes, et s'il n'y a pas d'autres libéralités. Cet auteur se fonde sur ce que le disposant, en donnant à son conjoint

une part d'enfant, a voulu, autant que cela dépendait de lui, l'assimiler à un enfant, lui en conférer les droits, l'appeler par conséquent à toute la succession à défaut de réservataires.

Ce raisonnement repose tout entier sur des conjectures arbitraires. Comment tirer d'une disposition qui ne donne qu'une part d'enfant, le don de la totalité? Comment ne pas voir que le disposant n'a pas prévu le cas néfaste où il mourrait sans postérité, et que sa libéralité a pour base la croyance qu'il conservera les enfants qu'il a déjà? Enfin, est-il possible de refaire après coup et par une divination hasardeuse la disposition primitive? Le disposant seul avait le droit de prendre d'autres arrangements après le malheur qui l'a frappé. Pourquoi ne l'a-t-il pas fait? Est-ce que le juge a le pouvoir de disposer pour lui et de substituer sa volonté d'emprunt à celle qui a été exprimée formellement?

2720. Maintenant que l'on sait ce que comprend la part d'enfant le moins prenant et qu'on en connaît la consistance et l'étendue, nous devons faire remarquer que le veuf qui a des enfants d'un premier lit n'a pas à sa disposition autant de parts d'enfant qu'il peut contracter de mariages ultérieurs, à la condition cependant de ne pas excéder la portion disponible. Les libéralités qu'il fait à son second et à son troisième conjoint ne peuvent ensemble excéder une part d'enfant le moins prenant. C'est en ce sens que la loi romaine et l'édit des secondes nocces ont toujours été entendus, et le Code n'a pas manifesté la volonté d'innover à cet égard.

Cependant cette solution a été contestée. On s'est appuyé pour la combattre sur une légère différence de rédaction entre l'édit de 1560 et le Code Napoléon. L'édit des secondes nocces défendait aux veuves de donner « à leurs nouveaux maris » au delà d'une part d'enfant le moins prenant. Le Code Napoléon n'emploie plus le pluriel, et il se borne à défendre à celui qui, ayant des enfants d'un autre lit, contracte un second ou un subséquent mariage de donner « à son nouvel époux » au delà d'une part d'enfant. De cette différence dans les textes, on a conclu que le Code applique à un nouvel époux en particulier la quotité disponible que l'édit appliquait aux nouveaux époux pris collectivement [10].

[1] 30 décembre 1845 (Devill., 44, 2, 389).

[2] Lebrun, *Success.*, liv. 2, ch. 6, dist. 5, n° 12.

[3] *Loc. cit.*, n° 129.

[4] *Op. cit.*, p. 3, n° 1281.

[5] *Op. cit.*, n° 389.

[6] Denisart, *vo. Noces*, n° 25.

[7] Pothier, *Pand.*, l. III, p. 679, n° 161.

[8] Grenier, l. IV, n° 683, 4^e éd. Bayle-Mouillard, *Toullier*, l. V, n° 887. Duranton, l. IX, n° 824. Zacharie, l. V, p. 231, note 41. Coin-Delisle, art. 1098, n° 11 et 12.

[9] Sur l'art. 1098, n° 11 et 12.

[10] Duranton, l. IX, n° 804.

Il faut repousser cette interprétation [1]. Ce que l'article 1098 ne dit pas dans les termes de l'édit des secondes nocés, il le dit aussi énergiquement par ceux-ci : « Sans que, dans aucun cas, ces donations (au pluriel) puissent excéder le quart des biens ; » il est certain d'ailleurs que le législateur a voulu maintenir la sage disposition de l'ancien droit, et non pas créer un système nouveau [2].

2721. Passons à un autre ordre d'idées, et recherchons quelles dispositions doivent être resserrées dans les limites de la quotité déterminée par l'article 1098.

Ce sont évidemment les donations faites au nouveau conjoint, soit dans son contrat nuptial, soit durant le second mariage. Elles s'adressent à la personne en sa qualité de conjoint.

Quant aux donations qui ont été faites à la même personne avant qu'elle soit mariée, il faut rechercher si elles ont été faites ou non en vue du mariage à contracter. Déterminées par la condition du second mariage, elles tombent sous la restriction de l'art. 1098 ; mais, si elles ont été faites à une époque où la pensée même de cette union n'avait pas été conçue, la donation aura fait acquérir au donataire un droit irrévocable, réductible seulement dans les termes du droit commun, mais qui ne recevra aucune atteinte d'un mariage que les parties ont contracté ensuite [3].

2722. D'après les principes généraux, on n'impute sur la quotité disponible que des libéralités proprement dites. Tous les actes qui ont un caractère à titre onéreux, intéressé de part et d'autre, lors même qu'ils procureraient, en définitive, un profit, ne comptent pas dans la quotité que les donataires ordinaires ont droit de recueillir. Mais il faut plus de sévérité quand il s'agit d'un second époux et des intérêts du premier lit. On impute alors sur la quotité disponible, et l'on réduit, en cas d'excès, les avantages que retire le nouveau conjoint des conventions matrimoniales, bien que ces conventions portent le caractère de clauses d'association intéressées pour chacune des parties. Nous avons développé ailleurs ce principe, et nous y renvoyons [4].

2723. Il faut maintenant s'occuper de l'action en réduction et des personnes qui en profitent. Mais nous avons traité ce point avec détail dans notre Comm. du *Contrat de mariage* [5]. Le lecteur pourra y recourir. Nous avons établi, avec le texte de l'art. 1496, que l'action en réduction n'appartient qu'aux enfants du premier lit ; que, cependant, les enfants du second lit en profitent par occasion, afin de maintenir l'égalité dans la famille [6], mais que ces derniers n'ont rien à prétendre, 1^o si tous les enfants du premier lit sont prédécédés [7] ; 2^o s'ils répudient purement et simplement et d'une manière absolue [8]. Nous avons ajouté que si pourtant les enfants du premier lit font remise de leur droit moyennant un prix, comme ils sont censés n'avoir fait remise que de leur part dans le retranchement, et non de celle de leurs frères et sœurs du second lit, ceux-ci peuvent profiter de cette ouverture pour obtenir ce qui doit leur revenir dans la succession de l'auteur commun [9].

2724. Il n'y a qu'un point sur lequel nous voulons insister un instant. Nous avons dit dans l'ouvrage précité, avec la plupart des auteurs, que les enfants du premier lit ne peuvent intenter l'action en retranchement ouverte à leur profit par l'art. 1496 du Code Napoléon, qu'autant qu'ils se portent héritiers [10]. Mais nous avons établi ci-dessus [11] qu'en principe, pour exercer l'action en réduction, il n'est pas nécessaire d'être héritier, et que cette action est attribuée à la qualité d'enfant. *jure sanguinis*, *jure naturalis*. Nous devons donc reconnaître que, dans le cas particulier qui nous occupe, la seule qualité d'enfant suffit, comme elle suffit d'après le droit commun [12]. C'est, du reste, ce qui avait lieu dans l'ancien droit, en vertu de l'édit des secondes nocés, non-seulement dans les pays de droit écrit, où, suivant la loi romaine, la légitime appartenait à la qualité d'enfant et non à la qualité d'héritier [13], mais encore dans les pays de coutume, bien qu'on y eût pour maxime : *non habet legitimam nisi qui heres est* [14].

« Pour que les enfants, disait Pothier, puissent demander la réduction, il n'est pas né-

[1] Toullier, t. V, n° 882. Delvincourt, t. II, p. 438, éd. de 1834. Grénier, n° 712, t. IV, p. 415, éd. de Bayle-Mouillard. Vazeille, sur l'art. 1098, n° 10.

[2] Voy. l'Exposé des motifs. Faet, t. XII, p. 373.

[3] Pothier, *Contrat de mariage*, n° 348. Toullier, t. V, n° 676. Dalloz, v° *Disp. entre-vifs et test.*, t. VI, p. 278, n° 12. Zacharie, t. V, p. 218, note 8.

[4] Voy. art. 1496 et 1567 du C. Nap. et dans notre Comm. du *Contrat de mariage*, les n°s 2208 et suiv.

[5] N°s 2219 et suiv. Voy., art. 1496 et 1527.

[6] N° 2224.

[7] N° 2226.

[8] N° 2227.

[9] N°s 2228, 2229.

[10] N° 2225.

[11] N° 915.

[12] *Contrat*, Toullier, t. V, n° 880. Duranton, t. IX, n° 818. Zacharie, t. V, p. 227, § 609, note 34, etc., etc.

[13] Brodeau sur Louet, lettre N, somm. 3, n° 20, 21. Voet, *De rain nupt.*, n° 111 et 112. Auth. *heres* sur le § 1, L. 5, et § *Extantes* de la loi *Hæc edictali*, C., *De secund. nuptis*, *Suppl.*, n° 741, 745.

[14] Ricard, n° 1301 et suiv. De Reconson, *De la comm.*, p. 4, ch. 3, n° 80. Pothier, *loc. cit.*, n° 568.

« cessaire qu'ils soient héritiers de leur mère
 « qui a fait la donation ; car leur mère ayant,
 « par la donation qu'elle a faite à son second
 « mari, mis hors de ses biens tout ce qui est
 « compris dans la donation, tout ce qui y est
 « compris ne faisant plus partie de ses biens,
 « lors de sa mort, ne se trouve pas dans sa suc-
 « cession. Il n'est pas nécessaire qu'ils viennent
 « à sa succession pour avoir ce qui doit être
 « retranché de la donation [1]. »

2725. Mais ce que nous disons du droit de l'enfant renonçant d'agir en retranchement, il ne faut pas le décider pour l'indigne. Celui-ci ne profite pas de la réduction que subit le second époux. Les causes qui rendent quelqu'un indigne de recueillir les biens qui composent la succession de son parent, le rendent également indigne de s'enrichir, par réduction, des biens donnés au nouvel époux en violation de l'article 1098 [2].

Mais ce n'est pas le nouvel époux qui, pour échapper à la réduction, invoquera l'indignité de l'enfant qui le poursuit. Comme ce sont les cohéritiers de l'indigne qui profitent seuls de la part que celui-ci aurait recueillie [3], c'est aussi à eux qu'il appartient de se prévaloir de l'indignité.

2726. L'action des enfants en réduction des avantages faits au conjoint du second mariage ne s'ouvre qu'après le décès du disposant [4], et les enfants du premier lit n'y peuvent renoncer d'avance, d'autant que, par cette renonciation, ils seraient censés avoir obéi à une contrainte exercée en fraude de la loi [5]. Ainsi, un enfant qui, du vivant de sa mère, aurait approuvé la donation faite par celle-ci à un second mari et se serait expressément obligé à n'y donner jamais aucune atteinte, même dans le cas où elle excéderait ce que la loi permet de donner, n'en serait pas moins recevable, après la mort de la donatrice, à agir en réduction de cette donation.

Il suit de là que, lors même que le veuf ne se serait remarié que pour obéir aux dernières volontés de son conjoint prédécédé, et avec le consentement des enfants du premier lit, ces derniers seraient recevables à demander le retranchement. D'une part, le défunt n'a pu faire remise d'une peine qui n'a été introduite qu'en faveur des enfants, et non en sa faveur ; d'autre

part, les enfants, en consentant au second mariage, ne sont pas nécessairement censés avoir levé les restrictions de capacité qui en sont la suite ; enfin, ils renonceraient à un droit non ouvert sur une succession future [6].

Mais, si les enfants n'ont d'action en réduction qu'ils puissent exercer, ou à laquelle ils puissent renoncer, qu'après la mort de leur auteur, ils peuvent, au moins de son vivant, faire des actes conservatoires. Par exemple, si les époux viennent à se faire séparer de biens, la séparation ne donne pas ouverture au droit de réduction des enfants ; ils ne peuvent qu'intervenir à la liquidation, pour veiller à ce que les reprises des époux ne soient pas établies d'une manière préjudiciable à leurs intérêts [7].

2727. Comme la portion disponible en faveur du second mariage est souvent moins large que la portion disponible en faveur d'un étranger, la différence qui existe entre la portion disponible ordinaire et la portion disponible des secondes nocces, rentre, par la voie du retranchement, dans la main des enfants pour s'ajouter à leur réserve. C'est là un bénéfice qui leur est personnel, et, quant aux étrangers gratifiés par le défunt, on règle la mesure des libéralités qui leur sont faites, absolument comme si le second époux eût été un donataire ou légataire ordinaire.

Prenons un exemple, afin de rendre la règle plus facile à saisir :

Titius, père de six enfants, donne à une seconde épouse, par contrat de mariage, un immeuble valant 42,000 fr. Il meurt, laissant une succession évaluée à 84,000 fr. et un légataire universel de tous ses biens.

Le quart disponible, suivant l'art. 913, est de 21,000 fr. ; la réserve est de 63,000 fr., qui, divisés entre les six enfants, donnent 10,500 fr. à chacun d'eux. C'est à ce taux que l'époux donataire doit être réduit. Cet époux subit d'abord une réduction de 42,000 fr. à 21,000 fr., conformément au droit commun ; en outre, il sera réduit, en vertu de l'art. 1098, de 21,000 francs à 10,500 fr. Or, les 10,500 fr., enlevés à l'époux par cette seconde réduction seront attribués aux enfants, sans pouvoir servir à l'acquiescement du legs universel. Autrement, ce serait le légataire universel qui profiterait de la situation excep-

[1] Pothier, *loc. cit.*, n° 558. Contré, Toulhier, t. V, n° 880. Duranton, t. IX, n° 818. Delvincourt, t. II, p. 410, édit. de 1834. Coin-Delisle sur l'art. 1078, n° 7. Zachariæ, § 690, t. V, p. 227, note 34.

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Secondes nocces*, p. 578, n° 7. Zachariæ, § 690, p. 227, *in fine*.

[3] Voy. *supra*, n° 793 et n° 795.

[4] Mon Comm. du *Contrat de mariage*, n° 2221.

[5] Pothier, *Contr. de mar.*, n° 571.

[6] Pérèzine, C., *De secundis nuptiis*, n° 20. Voet, *De ritu nuptiarum*, n° 138. Contré, Favre, C., *De secundis nuptiis, definit 5*.

[7] Voy. mon Comm. du *Contrat de mariage*, t. III, n° 2220. *Supra*, n° 935. Riom, 9 août 1843 (Devill., 44, 2, 15).

tionnelle faite par l'art. 1098 au second époux, tandis que c'est à cause des enfants que la loi n'a pas voulu que le don fait à ce second époux fût aussi étendu que le don fait à un étranger. De quoi pourrait se plaindre le légataire? On le traite d'après le droit commun; on agit à son égard comme si le donataire était un étranger, et il l'est en effet dans ses rapports particuliers avec lui. Si ce donataire est hors du droit commun, c'est seulement dans l'intérêt des enfants; il faut donc que ceux-ci profitent seuls du retranchement. Supposons que la donation eût été faite à un tiers, elle eût valu pour 21,000 fr., c'est-à-dire pour toute la portion disponible: elle eût absorbé cette quotité, et le légataire universel n'aurait rien eu à réclamer. La position de ce dernier ne doit pas changer, parce que la loi a ordonné le retranchement de cette donation; ce retranchement n'a pour objet que la faveur des enfants du premier lit, et nullement les légataires, les créanciers, les étrangers à la famille.

Cette raison, donnée par le président Favre [1], nous paraît décisive; elle répond à toutes les objections et lève tous les doutes. Comme le dit très-bien Voet, le retranchement est une satisfaction donnée aux enfants du premier lit, et elle ne doit pas s'étendre à des tiers: « *Hec secundarum nuptiarum pars tantum in liberorum primi thori utilitatem ac solatium est promulgata* [2]. »

C'était aussi le point de vue de Ricard, quand il disait: « Il résulte de ce que les enfants ne prennent pas, en qualité d'héritiers, le retranchement introduit en leur faveur par l'édit des secondes noccs, qu'encre que le retranchement qui appartient aux enfants, en vertu de l'édit, leur soit déferé à titre lucratif, et que les biens qui en proviennent aient fait partie de ceux de leur père ou de leur mère, il ne peut pas néanmoins être imputé sur leur légitime, laquelle doit être remplie d'ailleurs, d'autant que le profit de ce retranchement leur est donné à titre particulier; et il est vrai de dire qu'ils ne le tiennent pas de la libéralité de leur père ni de leur mère, mais du seul bienfait de la loi, qui n'est pas un titre qui puisse servir à remplir la légitime, qui doit être composée des dispositions gratuites

« que le père a faites au profit de ses enfants
« ou de ce dont ils profitent en conséquence de
« sa succession [3]. »

2728. Que si, au lieu d'une donation entre-vifs, c'est un legs qui a été fait au conjoint du second lit, on prendra pour guides les mêmes idées.

Supposons que Titius, ayant dix enfants d'un premier mariage, prenne Mævia pour seconde femme. (Qu'on nous permette cette hypothèse peu vraisemblable pour mieux mettre en lumière nos calculs.) Cet individu a 80,000 fr. de patrimoine. Il fait un testament par lequel il lègue 40,000 fr. à son épouse et institue Mævius son légataire universel.

La portion dont Titius pouvait disposer était de 40,000 fr. Or il a disposé par testament de 40,000 fr. Ses libéralités devront être réduites au marc le franc jusqu'à 40,000 fr. Dès lors 60,000 fr. seront attribués aux enfants pour remplir leur réserve. Les legs seront réduits chacun à 10,000 fr.

Mais Mævia, à raison de sa qualité de femme mariée, ne peut recevoir qu'une portion d'enfant le moins prenant. Son legs devra donc éprouver une nouvelle réduction, et être restreint à 6,000 fr., portion de chacun des enfants dans la réserve.

Mævius, qui est légataire universel, ne saurait exiger que les 4,000 fr. déduits à Mævia soient imputés dans la réserve. Il ne faut pas que, pour augmenter son legs, il se serve de la défaveur du second époux. Sans les enfants, ce second époux aurait pu recueillir les 40,000 fr. Ce sont donc les enfants et non Mævius qui doivent profiter des 4,000 fr.

2729. Il est vrai que nous avons vu ci-dessus [4] que lorsqu'un époux donne à sa future par contrat de mariage plus que ce dont il lui est permis de disposer par l'article 1094, le retranchement sert à acquiescer, dans les limites de la quotité disponible, les libéralités ultérieurement faites à des tiers par le donateur.

Mais entre ce cas et le nôtre la différence est considérable.

Celui qui, en se mariant une première fois, excède en faveur de son conjoint la quotité disponible, ne fait qu'ubéir à un sentiment d'affection qui a une cause légitime. Il ne connaît en-

[1] C., *De secundis nuptiis*, def. 11. L'illustre président du sénat de Chambéry demande si les créanciers pourront profiter du retranchement opéré sur la donation entre-vifs faite à une seconde femme. Il décide la négative par la raison suivante: *Et quidem posteriores creditores illud repellit, quod si liberorum favor non obstat, totius donationis emolumentum donatoribus retinetur, ut proinde nihil eorum interesse videatur. Junge*

Voet, *De ritu nuptiarum*, n° 113.

[2] *De ritu nuptiarum*, n° 112.

[3] *Donat.*, 3^e part., n° 1312. Lebrun, *Success.*, liv. 2, ch. 6, sect. 1, dist. 3, n° 3. Pothier, *cout. d'Orléans*, art. 13, sect. 3, § 4, n° 80. Merlin, *Repet.*, v° *Noces* (secondes), sect. VII, art. 4, n° 8.

[4] Nos 2385 et suiv.

core qu'une seule amitié et il s'y abandonne avec confiance, ne sachant pas quels autres sujets de tendresse le mariage pourra lui réserver plus tard. Mais la loi, qui doit être plus prévoyante que l'homme, veille pour lui, et elle permet que la donation, qui n'avait rien d'exagéré dans son principe, soit pourtant réduite *ex post facto*, afin de rendre au disposant une liberté qui lui est désormais nécessaire, comme père de famille armé d'un droit de coercition et chargé de doter, d'entretenir et de récompenser ses enfants. La réduction est autant en pareil cas dans l'intérêt du père que dans l'intérêt des enfants; elle est une sorte de restitution en entier qui le réintègre dans sa liberté aliénée, et qui résulte des circonstances nouvelles dans lesquelles la famille se trouve placée. Mais lorsqu'il s'agit de celui qui a convolé en secondes nocces et fait une libéralité excessive au détriment des enfants qu'il avait d'un premier mariage, le législateur est inspiré par des sentiments bien différents. Ce n'est pas pour protéger l'époux contre lui-même qu'il élève la voix; il ne s'occupe plus que de l'intérêt des enfants du premier lit. Tout ce qu'il retranche au conjoint du second mariage, il n'ira pas, comme dans le cas précédent, le remettre au donateur. Ce serait le récompenser plutôt que le punir d'avoir oublié son propre sang. Le déférera-t-il à des légataires étrangers qui n'ont à invoquer d'autre titre que le droit de leur auteur? Ce serait encore manquer le but. Le retranchement profitera donc exclusivement aux enfants du donateur; et précisément parce qu'ils ont été sciemment oubliés et méconnus, le conjoint coupable de cet oubli aura pour punition de les enrichir de ce dont il avait voulu les appauvrir.

2730. Il n'en serait autrement qu'autant que le donateur, au lieu d'avoir voulu frustrer les enfants du premier lit, aurait au contraire entendu se tenir dans les limites de la loi, en déclarant que sa donation serait réduite à la mesure d'une part d'enfant le moins prenant, si à sa mort elle se trouvait excéder cette limite. Lorsque le donateur impose ainsi à son donataire l'obligation de subir la réduction légale, il se soumet à la loi; il l'applique lui-même, et il ressaisit en quelque sorte, pour en disposer au profit de tiers, ce qu'il a donné du trop à son conjoint. La réduction n'est pas alors dirigée contre lui. Elle se fait par sa volonté au profit de ses libéralités ultérieures [1].

C'est ce qu'a très-bien jugé la cour de Grenoble par arrêt du 19 mai 1850 [2].

Le sieur Huvet, épousant en secondes nocces la demoiselle Bucher, lui fit donation par contrat de mariage de l'usufruit de la moitié de ses biens, en spécifiant que cette donation serait réductible, en cas de survenance d'enfants du second lit, à une part d'enfant légitime le moins prenant [3]. Il avait un enfant de son premier mariage, et cinq enfants nacqurent du second. Il légua à ces derniers le quart de ses biens en nue propriété.

L'enfant du premier lit soutint que ce legs était caduc parce que la quotité disponible était épuisée par la donation antérieure faite au second conjoint, et de plus, que cette donation devait être réduite à une part d'enfant, c'est-à-dire à un septième.

On lui répondait : Dans l'intention d'Huvet la donation était subordonnée au nombre des enfants. Il suit de là que la libéralité se trouve réduite, non par l'effet de la loi et de l'art. 911 du Code Napoléon, mais par l'effet de la volonté du donateur lui-même.

Sur quoi, la cour repoussa la prétention de l'enfant du premier lit.

Cette décision est bien rendue. Seulement, la cour aurait dû faire ressortir davantage la raison spéciale de décider que nous avons signalée et que la défense des enfants du second lit avait prise pour l'un de ses fondements.

2731. L'action en réduction exercée par les enfants du premier lit rencontre souvent devant elle la question décidée par l'art. 917 du Code Napoléon; question qui se soulève quand le don fait au second époux consiste dans un usufruit, ainsi que nous l'avons vu dans l'espèce posée au numéro précédent. En d'autres termes, ce don d'un usufruit place-t-il les réservataires dans la nécessité ou d'exécuter le don intégralement ou d'abandonner la portion disponible, c'est-à-dire la part d'enfant le moins prenant en pleine propriété, conformément à l'art. 917?

L'objection vient de ce que nous avons décidé que l'art. 917 est inapplicable au don d'usufruit fait à un premier époux en vertu de l'article 1094 du Code Napoléon [4]. Mais nous sommes loin de trouver ici les mêmes raisons de décider.

L'art. 1094 donne en effet une mesure spéciale qui s'adapte aux libéralités en usufruit. Au contraire l'art. 1098 ne fixe qu'une mesure en toute propriété. Si donc, dans le cas de cet article, la donation a été faite en usufruit, comment la ramener aux limites légales qu'on prétend avoir été dépassées, sinon par des estimations

[1] *Supra*, n° 2567.

[2] Devill., 9, 2, 444. *Journal du Palais*, t. XXIII, p. 489.

[3] Cette clause résulte de l'arrêt, de la discussion et de la notice.

[4] *Supra*, n° 2571.

incertaines et des procédures dispendieuses que l'art. 917 a voulu prévenir? Cet art. 917 offre donc le moyen de sortir d'embarras, et tout commande d'en faire l'application [1].

C'est du reste ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêt du 1^{er} avril 1844.

Un sieur Cunin, ayant un enfant d'un premier mariage, légua à sa seconde femme l'usufruit, tel que la loi lui permettait de le lui donner, des biens qu'il laisserait à son décès.

La dame Cunin demanda la délivrance de ce legs et l'usufruit de la moitié de la succession, se fondant sur ce que l'usufruit de la moitié des biens représentait, comme valeur, le quart des biens en pleine propriété. Cette dame laissait d'ailleurs à l'enfant du premier lit l'option de lui abandonner, si mieux il aimait, le quart en toute propriété.

L'enfant soutenait au contraire que la libéralité par lui faite ne pouvait excéder l'usufruit du quart des biens.

La cour de Metz ayant pleinement admis, par arrêt du 30 novembre 1842, le système présenté par la dame Cunin, le pourvoi contre la décision fut rejeté par l'arrêt précité : « attendu, « en droit, qu'aux termes de l'article 1098 du « Code civil, le survivant des époux, passant à « de secondes noces, peut donner à son nouveau « conjoint le quart de ses biens en toute propriété; attendu, en fait, que Cunin par son « testament a donné à sa seconde femme l'usufruit de sa fortune, tel que la loi lui permettait de le donner; attendu que l'arrêt, interprétant cet acte, a reconnu que le testateur « avait voulu donner à sa femme l'usufruit de « la moitié de ses biens et le lui a accordé, mais « en laissant aux héritiers la faculté de délivrer « seulement le quart en toute propriété s'ils le « préféraient; attendu qu'au moyen de cette « option les héritiers, pouvant ne délivrer que « ce dont leur auteur avait la libre disposition, « sont sans droit et sans intérêt à critiquer « l'arrêt [2], etc. »

2732. Toutefois l'option pourrait être refusée s'il résultait des circonstances que le donateur n'a en aucunement l'intention de donner une pleine propriété et qu'il a seulement voulu donner un usufruit; c'est ce qu'on peut inférer d'un arrêt de la cour de Poitiers du 27 mai 1851, qui me semble tout à fait dominé par ce point de fait [3].

2733. De tout ce qui précède il résulte que l'action en réduction qui dérive des dispositions de la loi sur les seconds mariages, n'est pas une action en pétition d'hérédité [4]. Pothier la qualifiait de *condictio ex lege*; elle est personnelle-réelle. Elle peut être formée contre les tiers détenteurs à qui l'époux donataire aurait fait passer les immeubles donnés. Les biens repris au donataire ou à ses ayants cause reviennent aux enfants du donateur sans aucune charge, hypothèque, servitude, que le donataire ou ses ayants cause y auraient imposées. N'ayant qu'un droit résoluble, ils n'ont pu conférer à personne un démembrement de propriété plus durable que leur propriété même [5].

2734. L'action en réduction passe aux héritiers directs, collatéraux ou testamentaires des enfants, pourvu que ces enfants aient survécu à leur père ou mère [6]. Elle peut être exercée par les créanciers d'un enfant au nom de leur débiteur.

2735. Quant à l'estimation à faire des biens pour déterminer la quotité disponible de l'article 1098, il faut suivre toutes les règles que nous avons tracées pour la détermination de la quotité disponible ordinaire [7].

2736. Après tout ce que nous avons dit, on peut se faire une juste idée de la nature de la donation d'une part d'enfant. Cette donation a pour objet une portion des biens que le donateur laissera à son décès. Elle est une donation partielle de succession; et elle ressemble beaucoup à une institution contractuelle. Aussi elle assujettit le donataire à payer une part des dettes du défunt. Toutefois, de ce que la qualité d'héritier ne lui est pas expressément donnée, Pothier [8] conclut que le donataire n'est tenu de ces dettes qu'*intra vires emolumentis*, et qu'il peut s'en décharger par un abandon des biens.

Mais nous ne voyons pas de différence entre une institution contractuelle et la donation de part d'enfant qui ne porte que sur les biens que le disposant laissera à son décès.

Nous croyons donc que l'époux donataire qui a accepté après le décès du donateur, est tenu indéfiniment de sa part des dettes de son auteur, à moins qu'il n'ait eu soin d'accepter sous bénéfice d'inventaire.

2737. Et puisque tel est le caractère de la donation de part d'enfant, il s'ensuit que si le

[1] Vassille, art. 1098, n° 18. Ancelot sur Grenier, t. IV, p. 422, note A.

[2] Arrêt, ch. req., 1^{er} avril 1844 (Devill., 44, 1, 844).

[3] Devill., 52, 2, 1. Junge Amiens, 15 février 1852 (Devill., 7, 2, 25).

[4] Suprà, n°s 2724 et 2727.

[5] Pothier, *Contrat de mariage*, n° 167.

[6] Favre, C., lib. 3, tit. De secundis nupt., defn. 3, n° 7.

[7] N°s 943 et suiv.

[8] *Contrat de mariage*, n° 595.

donataire meurt avant le donateur, la disposition est caduque [1].

2738. Renousson tirait une autre conséquence de l'assimilation d'une donation de part d'enfant à une institution contractuelle; c'est que les enfants nés du nouveau mariage étaient tacitement et vulgairement substitués à l'époux appelé à recueillir une part d'enfant [2]. Mais cette opinion, douteuse dans l'ancien droit [3], ne vaut rien sous le Code Napoléon. L'art. 1095 ne permet ni de sous-entendre, ni d'exprimer une substitution vulgaire au profit des enfants à naître, dans une institution contractuelle entre époux [4]; et quand il s'agit d'un second mariage, il y a une raison de plus de décider ainsi :

c'est que la substitution nuirait aux enfants du premier lit que la loi veut, avant tout, protéger. La caducité, au contraire, fera rentrer souvent les biens dans la succession de l'époux remarié, et les enfants du premier lit en auront leur part [5].

Il est vrai que l'art. 1095 ne parle que du cas où la donation a été faite par contrat de mariage; mais il y a les mêmes raisons de décider quand elle est faite durant le mariage. En principe, les donations faites à l'époux sont purement personnelles. Les enfants restent en dehors des prévisions du donateur, qui sait qu'ils retrouveront dans sa succession les biens qui y feront retour.

ARTICLE 1099.

Les époux ne peuvent se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus.

Toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle.

ARTICLE 1100.

Seront réputées faites à personnes interposées, les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire.

SOMMAIRE.

2739. Analyse des articles 1099 et 1100.

2740. Leur origine et leur étendue d'application.

2741. Ces articles se réfèrent à l'article 1096 et en sanctionnent la disposition.

2742. De la distinction entre les donations indirectes et les donations déguisées pour l'application de l'article 1099.

2743. Objections contre cette distinction. — Réfutation.

2744. Nos articles ne sont applicables que lorsque l'avantage dissimulé est excessif.

2745. Qui peut invoquer la nullité de l'article 1099?

2746. Si la donation déguisée ne contrevient qu'aux articles 1094 et 1098, l'action appartient non pas au donateur, mais uniquement à ses héritiers réservataires.

2747. Les créanciers du donateur ne peuvent l'intenter.

2748. Les légitimaires ne peuvent agir qu'après la mort

du donateur, si ce n'est pour faire des actes conservatoires.

2749. Si la donation déguisée a été faite durant le mariage, le donateur a l'action en nullité.

2750. Cette action ne passe pas aux héritiers non réservataires.

2751. Mais les héritiers réservataires peuvent l'exercer, si la donation porte atteinte à leurs droits.

2752. De la présomption légale d'interposition de personne.

2753. Sens du mot « enfant ».

2754. L'enfant naturel doit être présumé personne interposée comme l'enfant légitime.

2755. La présomption n'est pas applicable lorsqu'il est impossible que l'époux profite de la donation.

2756. Toute autre personne peut être interposée. — Mais il faut prouver l'interposition.

[1] Arrêt du 13 avril 1888, *J. des aud.*, à sa date. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 395. Lebrun, lib. 2, ch. 6, dist. 3, n° 25. Renousson, *De la communauté*, p. 4, ch. 3, n° 72. Grenier, t. IV, n° 684. Zachariae, t. V, p. 332.

[2] *Loc. cit.*, n° 73.

[3] Pothier, *loc. cit.*, n° 596.

[4] Voy. *supra*, n° 2558.

[5] Toullier, t. V, n° 890. Duranton, t. IX, n° 827. Zachariae, t. V, p. 252, note 42. Ancelot sur Grenier, t. IV, p. 377, note 6. Contrôl. Grenier, t. IV, n° 684.

Toullier décide à tort, selon nous, qu'une substitution expresse au profit des enfants serait valable; nous avons réfuté cette erreur, *supra*, n° 2559.

COMMENTAIRE.

2739. Le législateur, après avoir renfermé dans de sages limites les libéralités entre époux, devait songer aux moyens par lesquels on chercherait à éluder ses prohibitions, et s'efforcer de prévenir ou de réprimer la fraude. C'est ce qu'il a fait dans les art. 1099 et 1100.

Le premier de ces articles prévoit et règle trois cas : celui où, pour tromper la vigilance de la loi, les époux se sont fait une donation indirecte, celui où ils se sont fait une donation déguisée, sous la forme d'un contrat à titre onéreux, et celui où ils se sont fait une donation par personne interposée.

Le second article se prononce sur les présomptions légales d'interposition.

2740. Les art. 1099 et 1100 prennent leur source la plus directe dans la loi *Hac edictali*, C., *De secundis nuptiis* (1), et dans l'édit des secondes noces de 1500 (2) qui renfermaient, contre le déguisement et l'interposition de personne, des dispositions sur lesquelles les nôtres sont calquées.

Mais il ne faut pas croire que les art. 1099 et 1100 ne se réfèrent qu'à l'art. 1098. Ils sont la sanction de l'art. 1094, aussi bien que de l'article 1098. Car dans le cas de l'art. 1094, il y a aussi des restrictions que les époux ont intérêt à éluder, et le législateur ne devait pas rester désarmé. Le texte de l'art. 1099 parle clairement à cet égard (3).

2741. Il n'est pas moins certain que nos deux articles se lient comme sanction pénale à l'art. 1096, qui déclare révocables les donations faites entre époux pendant le mariage. La fraude peut avoir ici un double but : éacher la donation et entraver la faculté de révocation accordée au donateur. Il faut donc l'atteindre par les moyens organisés par les art. 1099 et 1100.

Nous disons, par l'art. 1100 : et en effet, si l'un des époux fait une donation à son époux, pendant le mariage, en voulant se servir du moyen de l'interposition de personne, on jugera de l'interposition par la présomption de l'article 1100. Il y avait des présomptions d'interpositions de personnes dans l'ancien droit (4), et

Plutarque en fait sentir la nécessité (5). Le Code aurait été imprévoyant s'il n'eût pas porté sur ce point sa vigilante attention.

Nous disons l'art. 1099 : ce n'est pas que le donateur ait besoin de cet article ; car, la qualité de donation entre époux étant restituée à l'acte, le donateur rentre dans le droit de révocation dont il s'était dépouillé en prenant le détour de graffier un tiers ; et par son action en révocation, il arrive à un résultat qui équivaut à la nullité prononcée par l'art. 1099.

Mais, en ce qui concerne les réservataires dont les droits ont été entamés par la donation déguisée et excessive, l'art. 1099 est un *palladium* indispensable (6). Il faut qu'ils puissent faire crouler par l'action en nullité une donation qui a eu le double tort de manquer de sincérité, et de léser leurs droits.

Ceci posé, citons l'arrêt suivant qui établira clairement la corrélation de l'art. 1100 avec l'art. 1096.

La dame Eudeline avait fait, en 1820 et 1823, donation de deux immeubles à la mineure Gabrielle Eudeline, fille de son mari, mais d'un premier lit.

Cette dame n'avait ni ascendants ni descendants.

Plus tard, la séparation de corps ayant été prononcée entre les époux, la dame Eudeline a demandé la nullité des donations par elle faites à la mineure Gabrielle. Après avoir triomphé en première instance, elle échoua devant la cour de Rouen, qui, par arrêt du 25 février 1831, refusa d'appliquer la présomption d'interposition de personne, édictée par l'art. 1100.

Mais cet arrêt a été cassé par arrêt du 11 novembre 1834 :

« Attendu que l'art. 1096 du Code civil porte
« que toutes donations faites entre époux du-
« rant le mariage, quoique qualifiées entre-
« vifs, seront toujours révocables; attendu que
« ces dispositions trouvent naturellement leur
« sanction dans la deuxième partie de l'arti-
« cle 1099, et dans l'art. 1100 qui terminent
« le chapitre 9, titre II, livre III, Code civil,

(1) ... *Omni circumscriptione, si quo per interpositum personam, vel alio quocunque modo fuerit exogitata, cessante. Princip. in fine.*

(2) « Les veuves ayant enfants... si elles passent à de nouvelles noces, ne peuvent... en quelque façon que ce soit, donner de leurs biens... à leurs nouveaux maris, père, mère ou enfants desdits maris ou autres personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées, plus qu'à l'un de leurs enfants. »

(3) *Junge* Delvincourt, t. II, p. 112. Duranton, t. IX, n° 828. Dalloz, chap. 12, sur 4, art. 3, n° 1 et 2. Coin-Deislé, n° 2, sur nos articles. Zacharie, t. V, p. 207, note 10, édit. d'Aubry et Rau.

(4) Bourbonnais, art. 226. Auvergne, ch. 14, art. 28. Louet et Brodeau, lettre D., *nom.* 17, n° 10. Pothier, *Donat. entre mari et femme*, n° 115.

(5) *Questions romaines*, quest. 8.

(6) *Idem*, n° 2746 et 2751.

« dans lequel elles se trouvent placées; attendu
 « qu'il suit de là que, durant le mariage, les
 « enfants nés d'un autre lit de l'un des époux
 « ne peuvent recevoir de libéralité par donation
 « entre-vifs de l'autre époux, parce qu'ils sont
 « réputés personnes interposées à l'égard de
 « leur auteur [1]. »

2742. Voyons maintenant de plus près quelles sont les conséquences que l'art. 1099 attache aux donations indirectes et aux donations déguisées. Pour les bien comprendre, il faut faire une distinction fort importante entre les premières et les secondes. On se tromperait grandement si on les confondait. L'art. 1099 met entre elles une différence marquée.

Qu'est-ce qu'une donation indirecte? C'est celle qui se faisant d'une manière franche, ouverte, se produit cependant sous une forme non solennelle et indirecte. Par exemple, je vous vends pour 100,000 francs un immeuble qui en vaut 200,000. Cet acte est un mélange de la vente et de la donation, et constitue une vente sérieuse; seulement, pour traiter favorablement l'acquéreur, le vendeur lui transporte la chose à un prix inférieur à la valeur réelle. Par là, il ajoute à la vente l'élément d'une donation, et cette donation est indirecte, parce qu'au lieu d'emprunter les formes directes que revêt la donation solennelle, elle arrive à son but par la voie indirecte de la vente [2].

De même, celui qui fait un don manuel [3], celui qui remet à son débiteur gratuitement le titre de l'obligation [4], celui qui renonce à une succession pour qu'un autre appelé à son défaut en profite, celui qui se porte caution d'autrui sans intention de répéter ce qu'on exigera de lui [5], celui qui paye la dette d'un autre sans intention de répéter la somme, celui qui stipule un avantage pour autrui à l'occasion d'un contrat onéreux qu'il fait pour lui-même [6], toutes ces personnes procurent un avantage, sans le couvrir d'aucun voile mensonger. L'opération est sincère; elle est en apparence ce qu'elle est en réalité.

Mais, lorsque la donation a été cachée sous la couleur d'un contrat onéreux, ou faite par personne interposée, et cela, afin de porter atteinte à la réserve d'un héritier, elle prend le nom de donation déguisée; convertie d'un vête-

ment menteur [7], elle trompe les regards, et l'apparence ne répond pas à la réalité: *Aliud scriptum, aliud gestum*.

Il suit de là que toute donation déguisée peut bien mériter le titre de donation indirecte; mais toute donation indirecte n'est pas une donation déguisée.

Or, quand la donation est simplement indirecte sans déguisement, l'art. 1099 se borne à l'atteindre par la réduction. Mais, quand la donation est déguisée, elle n'est pas seulement réductible; elle est frappée d'une nullité radicale et totale.

Telle est la disposition du second alinéa de l'article 1099.

La raison de cette différence vient de ce que la donation indirecte, étant dépouillée de toute pensée de fraude à la loi, ne doit pas être traitée avec une sévérité exceptionnelle; au lieu que la donation déguisée est un acte de dissimulation qui doit être puni. Il faut le frapper comme un piège tendu à la bonne foi.

2743. Malgré cette explication, j'ai rencontré parmi les magistrats beaucoup de bons esprits qui ne se plient qu'avec peine à son autorité. Ils trouvent qu'elle s'écarte de la loi romaine et de l'édit de 1560, qui se contentaient de réduire la donation déguisée au lieu de la déclarer nulle [8], et qu'elle cadre assez mal avec le système du Code Napoléon, moins sévère en général que ces deux précédents [9]. La distinction entre les donations indirectes et les donations déguisées ou faites par personne interposée, n'est-elle pas trop subtile? Et pourquoi, d'ailleurs, lui donner ici tant d'importance, alors qu'elle n'en a aucune dans les donations excessives faites sous forme déguisée à des étrangers? L'époux doit-il être plus défavorable que des tiers?

Et puis, les deux paragraphes de l'art. 1099 ne peuvent-ils pas se concilier? Ne suffit-il pas de frapper de nullité ce qui a été donné au delà de la quotité disponible, sans atteindre la donation tout entière?

Mais ces objections doivent s'évanouir devant le texte de la loi et aussi devant les raisons que nous avons données. Sous l'ancien droit, on avait déjà fait la distinction (qu'on qualifie de subtile), entre les donations déguisées et les dona-

[1] *Journal du Palais*, 26, 996. Sur renvoi, arrêt conforme de Paris, du 14 août 1855 (*Journal du Palais*, 27, 556. Devill., 56, 2, 345).

[2] Pomponius, l. 5, § 5, D., *De donat. inter vir. et uxorem*. Voy. l'art. 1595, *in fine*.

[3] *Supra*, n° 1041.

[4] *Supra*, n° 1076.

[5] *Supra*, n° 1080.

[6] *Supra*, n° 1081.

[7] L. 5, § 5, D., *De donat. inter vir. et uxorem*. — *vestitionem commentus sit ut donaret*.

[8] Voy. Cujas sur la loi *Hic edictali, in fine*, *Recit. solem. in tit. Codicis de secundis nuptiis*, et le texte de l'édit, cité *supra*, n° 2740.

[9] Voy. *argum.*, n° 2698.

tions indirectes [1], et c'est là que l'article 1099 l'a empruntée. Elle n'est subtile que pour ceux qui s'en tiennent à la surface et n'entrent pas dans le fond des différences que nous avons signalées. Qu'on ne s'étonne pas du reste de voir l'époux plus rigoureusement traité que l'étranger. La fraude étant plus fréquente, plus facile et plus dangereuse entre conjoints, il fallait l'attaquer par des moyens plus radicaux. C'est ainsi que par l'art. 1395 le législateur, craignant des libéralités déguisées par les époux sous couleur de la vente, coupe court à ce danger, en déclarant la vente nulle et comme intervenue entre personnes incapables. A des périls prochains et graves, il faut des remèdes extrêmes.

Telle est, du reste, l'opinion dominante [2], et elle se fortifie de la jurisprudence de la cour de cassation, attestée par les arrêts des 30 novembre 1851 [3], 29 mai 1858 [4] et 2 mai 1855 [5]. On peut y joindre un arrêt de la cour impériale de Paris du 28 mars 1851, rendu sous ma présidence, qui marque, dans une espèce intéressante, la nuance existante entre la donation indirecte et la donation déguisée [6].

2744. Mais remarquons bien que la loi ne présume la fraude, et ne prononce la nullité que lorsque l'avantage dissimulé est excessif. Car, c'est seulement alors que le déguisement prend la couleur d'un piège et devient un embarras. Mais quand la donation n'est pas excessive, il en est autrement. Peu importe au législateur que le donateur ait pris une voie indirecte et déguisée pour arriver à une libéralité qu'il pouvait faire directement et sans détour. La forme est alors indifférente, et elle ne saurait emporter le fond. On sait, d'ailleurs, que les donations déguisées n'ont rien par elles-mêmes qui les rende défavorables ou invalides, alors qu'elles n'ont pas pour but de faire fraude à la réserve [7].

Écoulons, d'ailleurs, l'arrêt suivant rendu par la cour de cassation, le 7 février 1849 :

« Attendu qu'après avoir fixé par l'art. 1098, « Code civil, la portion de ses biens dont un « époux ayant des enfants d'un premier lit peut « gratifier son second époux, le législateur pro-

« hibé, par les articles suivants, les donations « indirectes qui excéderaient cette part et pro- « nonce la nullité de celles qui seraient déguis- « sées ou faites par personnes interposées ;

« Attendu qu'il suit bien de là qu'alors qu'une « donation faite à personne interposée excède la « quotité disponible, elle est nulle, et non pas « seulement réductible, mais qu'on aurait tort « d'en conclure que la libéralité faite à un en- « fant du second lit, dans les limites de la quo- « tité disponible fixée par l'article 1098 précité, « doit être également annulée ; qu'il est, en « effet, de principe que les parties peuvent faire « un choix entre plusieurs moyens d'atteindre « leur but, lorsque ce but est licite en lui- « même ; qu'ainsi l'interposition de personne « n'est coudamnable et ne peut même être sup- « posée qu'autant qu'elle a pu couvrir une « fraude à la loi ;

« Et attendu, en fait, qu'il a été reconnu par « l'arrêt attaqué que le legs fait par Ville-d'A- « vray à la fille de sa seconde femme devait « être pris sur la quotité disponible, et que le « testateur était même resté, par l'ensemble de « ses dispositions, au-dessous des limites fixées « par l'article 1098, Code civil ; qu'il suit de là « qu'en déclarant valable ledit legs, l'arrêt atta- « qué s'est conformé aux principes et n'a violé « aucune loi, etc. [8]. »

On voit par là comment le système de l'article 1099 diffère de l'article 1395 du Code Napoléon. Dans le cas de ce dernier article, la vente est nulle absolument, encore même qu'elle n'exécute pas les limites de la portion disponible ; le législateur suppose entre les parties une incapacité de contracter par le moyen de la vente. Mais, dans le système de l'article 1099, et alors que le déguisement est pratiqué par toute autre voie que celle de la vente (par exemple, par l'interposition de personne), l'acte subsiste tant qu'il ne porte pas atteinte aux réserves légales.

2745. Il faut voir maintenant quelles personnes ont le droit d'invoquer la nullité prononcée par l'article 1099 contre les donations déguisées ou faites par personne interposée.

De ce que l'action en nullité fait tomber la

[1] Pothier, *Donat. entre mari et femme*, n° 78, d'après la loi 5, § 5, D., *De donat. inter vir. et uxor.*

Voy. aussi Roussille, *Traité de la dot*, t. II, n° 539, qui considère comme nulle absolument et non pas seulement réductible une donation faite à un second époux, au moyen d'une reconnaissance de dot.

[2] Grenier, n° 691, t. IV, p. 382, édit. de Bayle-Mouillard. Delvincourt, t. II, note 8 de la page 113 et note 1 de la page 60. Toullier, t. V, n° 901. Dalloz aîné, *voj. Disp. entre-vifs et test.*, 6, 254, n° 3. Favard, *vo. Avant. ind.* Zachariae, t. V, p. 222, note 25, édit. d'Anbry et Rau.

[3] Devill., 52, 4, 134.

[4] Devill., 58, 1, 481.

[5] Rendu sous ma présidence : Renouard, rapporteur, et Valise, avocat général. Il est encore inédit. Voy. dans le même sens Limoges, 6 juillet 1842 (Deville., 45, 2, 27) ; Cass., 6 janvier 1845 (Deville., 45, 2, 393) ; Cass., 30 avril 1855 (Deville., 53, 2, 699).

[6] *Gazette des Tribunaux* du 29 mars 1851.

[7] *Supra*, n° 1082.

[8] *Journal du Palais*, 49, 1, 215. Devilleneuve, 49, 1, 165. Junge l'arrêt du 2 mai 1855, cité plus haut, n° 2743, en note.

donation au lieu de la réduire, on en a conclu qu'elle est absolue et qu'elle appartient à toute personne intéressée à la nullité. On ne saurait avancer une plus grande erreur. L'action en nullité n'est ici qu'une aggravation pénale de l'action en réduction; elle n'appartient qu'à ceux qui peuvent intenter l'action en réduction et en profiter. Il est vrai que l'on dit quelquefois que la nullité prononcée par notre article est absolue. Mais on ne lui donne cette qualification que par opposition à la réduction; elle n'est pas absolue en ce sens qu'elle existe au profit de tout le monde.

Pour mieux éclaircir ce point, il faut nous placer dans deux hypothèses : la première qui a lieu lorsque la donation déguisée contrevient aux articles 1091 et 1098; la seconde qui a lieu lorsque la libéralité est faite sous un déguisement *constante matrimonio*.

2746. Dans la première hypothèse, il faut en règle générale que l'action en nullité appartienne qu'aux enfants dans l'intérêt desquels a eu lieu la prohibition.

Autant de là, le donateur est non recevable d'intenter l'action en nullité des avantages excessifs qu'il a faits sous un déguisement à son conjoint (1).

Supposons que, par contrat de mariage, il ait reconnu faussement avoir reçu de sa femme une dot considérable. Cet époux, ainsi que nous l'avons dit ailleurs (3), n'est pas recevable à attaquer cette donation, même pour cause de simulation. Il est lié par un acte où il avait capacité pour se dépouiller. S'il a voulu nuire à ses héritiers réservataires, ce n'est pas à lui à se prévaloir de son dol. Il ne pourrait pas demander la réduction d'une libéralité faite directement; il ne peut pas davantage faire annuler une donation faite d'une manière détournée. Car la nullité, prononcée par l'article 1099, n'a pas été introduite en sa faveur (3).

Pour compléter cette doctrine, je crois devoir citer un arrêt de la cour de Paris, rendu sous sa présidence, dans l'espèce suivante (4) :

Madame veuve Legendès avait cinq enfants d'un premier mariage, lorsqu'elle épousa le sieur Darnaud Dulac, officier de cavalerie. Bien qu'il y eût entre les époux une grande inégalité de fortune, les époux ne firent pas de contrat de mariage, et ils se trouvèrent placés sous le régime de la communauté légale. Le mari mourut bientôt en Afrique. Sa veuve, du côté de laquelle provenait toute la fortune, forma, lors

de la liquidation de la communauté, une demande en nullité de l'avantage indirect résultant de l'absence de contrat et de la confusion, dans la communauté, du mobilier très-inégal des deux époux. Elle prétendait même que l'absence d'un contrat de mariage était le résultat de la captation, du dol et de la fraude.

Le tribunal de première instance accueillit pleinement la présentation de madame Darnaud Dulac, par jugement du 31 août 1849, « attendu » que c'est dans l'intérêt de l'époux aussi bien » que dans celui de ses enfants qu'est établie la » prohibition de l'art. 1098 confirmée par les » art. 1496 et 1527; que l'époux donateur peut » donc lui-même réclamer la réduction...; at- » tendu en outre que l'art. 1099 du Code civil, » en défendant aux époux de se donner indirectement, prononce formellement la nullité de » toute donation déguisée; qu'il est dès à présent incontestable qu'en égard à la position » respective des deux époux Darnaud Dulac au » moment du mariage, l'adoption de la communauté légale constituait un avantage indirect au profit du mari; qu'en effet celui-ci ne » possédait rien, tandis que sa femme possédait » une fortune considérable dont la moitié se » trouvait ainsi transmise au mari; attendu » qu'il est de principe que l'action en nullité » d'une donation appartient au donateur survivant; que vainement les héritiers Darnaud Dulac prétendraient, en invoquant les dispositions de l'article 1527 du Code civil, avoir » droit au moins au sixième des biens existants au jour du décès de leur auteur; qu'en » effet la communauté légale étant un avantage déguisé fait en vue de mariage, cet avantage » doit être réputé fait à cause de mort; que » dès lors il s'est trouvé sans effet par suite du » prédécès du mari; déclare nulle et comme » non avenue la communauté légale qui s'est » établie entre les époux à défaut de contrat de » mariage.....; dit que les époux seront réputés » s'être mariés sous le régime de communauté, etc. »

Ce jugement pose nettement la doctrine erronée que nous réfutons. C'est pourquoi nous avons voulu le citer en entier. Mais il ne pouvait échapper à l'infirmité : aussi la cour n'a-t-elle pas hésité à donner gain de cause à l'appel par son arrêt du 28 mars 1851.

« La cour,

« Au fond, considérant qu'en admettant que » l'adoption du régime légal de la communauté

(1) *Supra*, n° 2729 et mon *Comm. du Contrat de mariage*, n° 2219.

(2) Mon *Comm. du Contrat de mariage*, t. III, n° 2220

et 2221.

(3) *Riom*, 9 août 1845 (*Devill.*, 44, 2, 15).

(4) *Gazette des Tribunaux*, du 30 mars 1851.

« entre les époux Darnaud Dulac renferme un
 « avantage indirect au profit du mari, une do-
 « nation de cette nature ne saurait entraîner la
 « nullité du régime de la communauté, et auto-
 « riser les tribunaux à lui substituer arbitraire-
 « ment un autre régime; que cette donation,
 « valable entre les époux et tout à fait distincte
 « de la donation déguisée prévue par l'art. 1099
 « du Code civil, ne serait sujette à réduction,
 « aux termes de l'art. 1496 du même Code, que
 « sur la demande et au profit des enfants du
 « premier lit, et seulement à l'époque de la
 « mort de leur mère;

« Que, d'une autre part, les faits de dol, de
 « fraude et de captation allégués par la veuve
 « Darnaud et qui auraient été employés pour la
 « déterminer à se marier sous le régime de la
 « communauté légale, ne sont pas établis au
 « procès;

« Que dès lors elle est sans droit pour deman-
 « der, soit la nullité absolue, soit la réduction
 « de l'avantage indirect qu'elle prétend avoir
 « fait à son mari... met l'appellation et ce dont
 « est appel au néant, émettant, etc. »

2747. Si le donateur est non recevable, ses créanciers postérieurs le sont comme lui. A la vérité, quand les titres des créanciers sont antérieurs à la simulation d'un apport dotal dans le contrat de mariage de leur débiteur, ils ont le droit de l'attaquer en se fondant sur l'art. 1167 du Code Napoléon. Mais les créanciers postérieurs au mariage sont sans action. Où serait le fondement de leur droit? Dans le déguisement de la donation et dans son exagération? Mais la forme déguisée donnée à la donation ne l'empêche pas d'être sérieuse, et l'innocuité ne les concerne pas. Serait-ce dans le droit de leur débiteur? Mais ils n'ont pas plus de droit que lui [1].

2748. Les enfants eux-mêmes, dans l'intérêt de qui l'action en réduction et en nullité a été établie, ne peuvent l'exercer pendant le mariage [2]. Ils peuvent seulement faire des actes conservatoires dans le cas de séparation de biens [3]. Ce n'est qu'au décès du donateur que s'ouvre leur action et qu'ils peuvent l'exercer.

2749. La seconde hypothèse à considérer est celle où la donation déguisée a eu lieu entre époux pendant le mariage.

Deux cas peuvent se présenter.

Le premier a lieu lorsque le disposant n'a pas altéré le droit des réservataires, mais lorsqu'il a voulu tout simplement, durant son mariage, assurer à son conjoint un avantage irrévocable. Dans ce cas, l'époux seul, qui a compromis son droit de révocation, peut faire annuler la libéralité. S'il meurt sans avoir intenté son action ou manifesté sa volonté de révoquer, il est réputé avoir confirmé ce qu'il avait fait. Ses héritiers n'ont aucun droit de faire valoir un droit que l'article 1096 n'a pas établi en leur faveur et auquel leur auteur est présumé avoir renoncé.

Nous disons que l'époux seul a le droit d'agir en révocation; et pour y parvenir, il est recevable à dévoiler la simulation qui enveloppe l'acte. Victime présumée d'une influence dominatrice, il doit être écouté lorsque, en possession de sa liberté, il veut mettre au grand jour, même par des présomptions, la vérité qu'il a dissimulée [4].

2750. Mais ce droit ne saurait appartenir aux héritiers non réservataires. Que leur fait la simulation ou l'interposition de personne, puisque ces moyens n'ont pas été employés pour leur faire fraude et que le disposant qui, seul, pourrait se plaindre pendant sa vie et exercer son droit de révocation, ne l'a pas fait [5]?

2751. Que, s'il y a des héritiers à réserve dont la légitime a été entamée par la donation déguisée entre époux (c'est ici le deuxième cas que nous annonçons au n° 2749), il n'y a pas de doute que ces héritiers ne puissent agir par la voie de la nullité. On ne conteste pas que, lorsque le testateur fait par testament un legs à son conjoint sous le couvert d'une personne interposée, les héritiers à réserve ne soient reçus à le faire tomber pour le tout en vertu de notre article [6]. Il n'en saurait être autrement quand la donation déguisée et excessive est faite entre-vifs pendant le mariage. D'une part le donateur a l'action en révocation conformément à l'article 1096; mais, d'autre part, l'art. 1099 a placé à côté de ce droit celui des réservataires contre les donations de cette espèce qui font fraude à la loi [7]; le premier de ces droits n'empêche pas le second. Chacun d'eux a pour but de pourvoir à des intérêts distincts.

2752. Après ces explications, il convient

[1] Riom, 9 août 1843 (Devill., 44, 2, 15 et 16). Cassat., 2 mai 1855, portant cassation d'un arrêt de la cour impériale de Limoges, rendu sous ma présidence. M. Renouard, rapporteur et M. Valès, avocat général.
 [2] Riom, 9 août 1843 (Devill., 44, 2, 15 et 16.) Arrêt de cassation du 2 mai 1855, précité. Arrêt de Paris, rapporté au n° 2473.

[3] Arrêts de Riom et de cassation précités.

[4] Limoges, 28 février 1839 (Devill., 39, 2, 375). Cassation, 16 avril 1850 (Devill., 50, 1, 591. *Journal du Palais*, 50, 2, 50).

[5] Bourges, 9 mars 1836 (Devill., 36, 2, 345).

[6] Cassation, 1^{er} avril 1819 (Devill., 6, 1, 51).

[7] *Supra*, n° 2741.

d'insister sur la présomption légale d'interposition de personne érigée par l'art. 1100.

La loi a considéré qu'il y avait des personnes tellement attachées par les liens de la parenté, de l'affection et de l'intérêt à la personne que le donateur ne peut gratifier que dans certaines limites, qu'il était impossible de ne pas supposer que ce qui leur était donné était à leur parent lui-même [1]. De là les présomptions introduites par notre article, à l'imitation du droit ancien.

Elles sont *juris et de jure*; elles n'admettent pas la preuve contraire [2]. La loi prévient bien des discussions par cette sage sévérité.

Quoiqu'un époux ne puisse avoir de personnes plus chères que les enfants qu'il a de son conjoint, cependant si ce dernier fait un don à ces enfants, la donation n'est pas censée faite à l'autre époux. Les enfants communs ne sont pas réputés interposés. La raison s'en trouve facilement dans l'affection paternelle, non moins forte que l'affection conjugale. *Quia scilicet*, dit Cujas, *ut donet mater, naturalis affectio facit* [3].

Mais on considère comme personnes interposées les enfants issus d'un autre mariage. *Privigno ut donet noverca, maritalis affectio facit, non certè novercalis*, dit encore le même auteur [4]. Si, en effet, Titius donne 50,000 francs à l'enfant que sa femme a eu d'un autre lit, il sera facile de voir ici une personne interposée. L'affection d'un père pour son beau-fils ne porte pas à de pareilles libéralités. Mais elles trouvent leur cause dans l'affection maritale qui, pour se déguiser, s'est servie de l'intermédiaire d'une tierce personne.

2753. Le mot *enfants* employé par l'article 1100 du Code Napoléon est, dans le langage du législateur, un terme générique qui comprend toute la ligne directe descendante, et qui s'applique aussi bien aux petits-enfants qu'aux enfants proprement dits. Cette interprétation s'accorde avec les précédents de la législation [5]; elle est conforme à la rédaction générale du Code [6].

2754. La loi parle des enfants issus d'un autre mariage. Mais il faut étendre la présomption d'interposition de personne au cas où la donation est faite à l'enfant naturel du conjoint du donateur. Les raisons de ceci sont résumées dans un arrêt de la cour d'Amiens du 22 dé-

cembre 1858 [7] dont il nous suffit de donner les motifs :

« Attendu qu'aux termes de l'art. 1099, Code civil, les époux ne peuvent se donner indirectement au delà de ce qui est permis par les articles précédents, et que toute donation faite à personnes interposées est nulle; qu'aux termes de l'art. 1100, les donations de l'un des époux aux enfants de l'autre époux, issus d'un autre mariage, sont réputées faites à des personnes interposées; que, bien que les enfants naturels ne soient point rappelés dans cet article, la prohibition n'existe pas moins à leur égard; que ces mots *issus d'un autre mariage* sont mis par opposition aux enfants issus du mariage du donateur et du donataire, parce que, dans ce cas, la donation est réputée provenir de l'affection de l'époux pour ses enfants et non du désir d'avantager indirectement l'autre époux; que, hors ce cas, la donation est censée faite à l'époux toutes les fois qu'elle a pour but de l'avantager par l'effet de ses rapports de parenté avec le donataire, ainsi qu'il résulte des autres dispositions de l'article; qu'il y a même raison de considérer comme faite à la mère la donation au profit de l'enfant naturel, né avant son mariage, que celle au profit d'un enfant du premier lit, et que, l'intention de la loi étant évidente, on doit plutôt consulter son esprit que judiciairement les termes dans lesquels elle est conçue, etc. »

2755. Mais lorsque la disposition faite par un époux à l'enfant de l'autre a été conçue de telle sorte qu'elle ne peut pas profiter au conjoint du donateur, dans ce cas l'évidence même fait cesser la présomption de la loi. En voici un exemple décisif :

Le vicomte de Ville-d'Avray ligue à la dame de Laborde, fille d'un premier mariage de sa femme, une rente viagère de 1,800 francs, qui aura cours à partir du décès de sa mère seulement. Après la mort du vicomte de Ville-d'Avray, ses enfants d'un premier lit prétendent faire annuler ce legs par la raison qu'il n'a été fait qu'en considération de la veuve du testateur, mère de la dame de Laborde. Mais comment le legs aurait-il pu être censé fait à madame de Ville-d'Avray et non à sa fille, madame de Laborde, puisque madame de Laborde ne devait le recueillir qu'après la mort de madame de

[1] Plutarque, *Questions romaines*, ch. 8.

[2] Art. 1352, C. Nap. V. *supra*, n° 708.

[3] Sur le lit. *Cod. de secundis nupt.* Telle était aussi la doctrine de l'ancienne jurisprudence. V. Pothier, *Donat. entre mari et femme*, n° 108, 113, et *Contrat de mariage*, n° 540.

[4] *Loc. cit.*, Pothier, *ibid.*

[5] Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 540, à propos de l'édit qui se servait de la même expression que le Code.

[6] Art. 914, Code Nap. Caen, 6 janvier 1843, déjà cité (Devill., 45, 2, 394).

[7] Devill., 39, 2, 354.

Ville-d'Avray [1]? La loi est raisonnable; on lui faisait dire ici quelque chose d'absurde [2].

Il est donc évident que l'art. 1099 n'est pas applicable quand l'interposition est impossible; et elle est impossible quand la personne incapable est dans l'impossibilité de recueillir.

2736. En dehors des personnes que la loi présume avoir été interposées, il peut se ren-

contrer des cas d'interposition pratiquée au moyen d'autres personnes. L'interposition peut alors se prouver par les moyens ordinaires, et même par les présomptions [3]. Il ne faut pas que l'intérêt des réservataires reste désarmé. La loi laisse au droit commun le jugement de ces hypothèses qu'elle ne pouvait embrasser dans leur infinie variété.

[1] Caen, 13 novembre 1847 (Devill., 48, 2, 677).

[2] *Supra*, nos 709, 710, 711, 718.

[3] Cassat., req., 27 mars 1816 (Devill., 5, 1, 174).

Cassat., 16 avril 1850 (Devill., 50, 1, 591. *Journal du Palais*, 50, 2, 50).

FIN.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME SECOND.

CHAPITRE CINQUIÈME.

DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES.

Section première. — DES RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA FORME DES TESTAMENTS.

	Pages.
Article 967. — Sommaire.	3
Commentaire	6
Article 968. — Sommaire.	9
Commentaire	10
Article 969. — Sommaire.	ib.
Commentaire	11
Article 970. — Sommaire.	15
Commentaire	16
Article 971. — Sommaire.	27
Commentaire	28
Article 972. — Sommaire.	30
Commentaire	31
Article 973. — Sommaire.	48
Commentaire	49
Article 974. — Sommaire. — Commentaire.	53
Article 975. — Sommaire.	54
Commentaire	55
Article 976. — Sommaire.	58
Commentaire	59
Article 977. — Sommaire. — Commentaire.	79
Article 978. — Sommaire. — Commentaire.	80
Article 979. — Sommaire. — Commentaire.	81
Article 980. — Sommaire. — Commentaire.	83

Section deuxième. — DES RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA FORME DE CERTAINS TESTAMENTS.

Article 981. — Sommaire. — Commentaire.	89
Article 982. — Sommaire. — Commentaire.	94
Article 983. — Sommaire. — Commentaire.	ib.
Article 984. — Sommaire. — Commentaire.	96
Article 985. — Sommaire. — Commentaire.	97
Article 986. — Sommaire. — Commentaire.	98
Article 987. — Sommaire. — Commentaire.	ib.
Article 988.	ib.
Article 989. — Sommaire. — Commentaire.	99
Articles 990-991-992. — Sommaire.	100
Commentaire	101
Article 993. — Sommaire. — Commentaire.	ib.

Pages.

Article 994. — Sommaire. — Commentaire.	101
Article 995. — Sommaire. — Commentaire.	103
Article 996. — Sommaire. — Commentaire.	ib.
Article 997. — Sommaire. — Commentaire.	103
Article 998. — Sommaire. — Commentaire.	104
Article 999. — Sommaire. — Commentaire.	106
Article 1000. — Sommaire. — Commentaire.	111
Article 1001. — Sommaire. — Commentaire.	ib.

Section troisième. — DES INSTITUTIONS D'HÉRÉDITÉ ET DES LEGS EN GÉNÉRAL.

Article 1002. — Sommaire. — Commentaire.	118
--	-----

Section quatrième. — DU LEGS UNIVERSEL.

Article 1003. — Sommaire. — Commentaire.	122
Article 1004. — Sommaire. — Commentaire.	130
Article 1005. — Sommaire.	134
Commentaire	135
Article 1006. — Sommaire. — Commentaire.	136
Article 1007. — Sommaire. — Commentaire.	141
Article 1008. — Sommaire. — Commentaire.	143
Article 1009. — Sommaire. — Commentaire.	146

Section cinquième. — DU LEGS À TITRE UNIVERSAL.

Article 1010. — Sommaire. — Commentaire.	154
Article 1011. — Sommaire. — Commentaire.	158
Article 1012. — Sommaire. — Commentaire.	157
Article 1013. — Sommaire.	158
Commentaire	159

Section sixième. — DES LEGS PARTICULIERS.

Article 1014. — Sommaire. — Commentaire.	160
Article 1015. — Sommaire. — Commentaire.	164
Article 1016. — Sommaire. — Commentaire.	171
Article 1017. — Sommaire. — Commentaire.	172
Article 1018. — Sommaire. — Commentaire.	174
Article 1019. — Sommaire. — Commentaire.	175
Article 1020. — Sommaire. — Commentaire.	177
Article 1021. — Sommaire. — Commentaire.	179
Article 1022. — Sommaire.	181
Commentaire	182
Article 1023. — Sommaire. — Commentaire.	185
Article 1024. — Sommaire. — Commentaire.	188

	Pages.		Page.
Section septième. — DES EXÉCUTIONS TESTAMENTAIRES.		Article 1070. — Sommaire. — Commentaire.	301
Article 1025. — Sommaire. — Commentaire.	190	Article 1071. — Sommaire. — Commentaire.	302
Article 1026. — Sommaire.	191	Article 1072. — Sommaire. — Commentaire.	303
Commentaire	192	Article 1073. — Sommaire. — Commentaire.	304
Article 1027. — Sommaire. — Commentaire.	194	Article 1074. — Sommaire. — Commentaire.	304
Article 1028. — Sommaire. — Commentaire.	198	CHAPITRE SEPTIÈME.	
Article 1029. — Sommaire. — Commentaire.	196	DES PARTAGES FAITS PAR PÈRE, MÈRE, OU AUTRES ASCENDANTS, ENTRE LEURS DESCENDANTS.	
Article 1030. — Sommaire.	197	Article 1075. — Sommaire. — Commentaire.	306
Commentaire	198	Article 1076. — Sommaire.	309
Article 1031. — Sommaire. — Commentaire.	206	Commentaire	310
Article 1032. — Sommaire. — Commentaire.	204	Article 1077. — Sommaire. — Commentaire.	311
Article 1033. — Sommaire. — Commentaire.	205	Article 1078. — Sommaire. — Commentaire.	312
Article 1034. — Sommaire. — Commentaire.	206	Article 1079. — Sommaire.	314
Section huitième. — DE LA RÉVOCAION DES TESTAMENTS ET DE LEUR CADUCITÉ.		Commentaire	315
Article 1035. — Sommaire. — Commentaire.	207	Article 1080. — Sommaire. — Commentaire.	319
Article 1036. — Sommaire. — Commentaire.	210	CHAPITRE HUITIÈME.	
Article 1037. — Sommaire. — Commentaire.	228	DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE AUX ÉPOUX ET AUX ENFANTS À NAÎTRE DU MARIAGE.	
Article 1038. — Sommaire. — Commentaire.	229	Sommaire. — Commentaire.	321
Article 1039. — Sommaire. — Commentaire.	240	Article 1081. — Sommaire. — Commentaire.	322
Article 1040. — Sommaire. — Commentaire.	247	Articles 1082-1083.	323
Article 1041. — Sommaire. — Commentaire.	26	Sommaire. — Commentaire.	324
Article 1042. — Sommaire. — Commentaire.	248	Articles 1084-1085. — Sommaire.	341
Article 1043. — Sommaire. — Commentaire.	251	Commentaire	342
Articles 1044-1045. — Sommaire. — Com- mentaire	253	Article 1086.	373
Articles 1046-1047.	267	Sommaire. — Commentaire.	374
Sommaire. — Commentaire.	268	Article 1087 — Sommaire. — Commentaire.	384
CHAPITRE SIXIÈME.		Article 1088. — Sommaire. — Commentaire.	385
DES DISPOSITIONS PERMISES EN FAVEUR DES PETITS- ENFANTS DU DONATEUR OU TESTATEUR, OU DES EN- FANTS DE SES FRÈRES ET SŒURS.		Article 1089. — Sommaire. — Commentaire.	389
Sommaire. — Commentaire	277	Article 1090. — Sommaire. — Commentaire.	396
Articles 1048-1049-1050. — Sommaire. .	279	CHAPITRE NEUVIÈME.	
Commentaire	280	DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX, SOIT PAR CONTRAT DE MARIAGE, SOIT PENDANT LE MARIAGE.	
Article 1051. — Sommaire. — Commentaire.	284	Sommaire.	402
Article 1052. — Sommaire. — Commentaire.	285	Article 1091. — Sommaire. — Commentaire.	403
Article 1053. — Sommaire.	286	Article 1092. — Sommaire. — Commentaire.	407
Commentaire	287	Article 1093. — Sommaire.	409
Article 1054. — Sommaire. — Commentaire.	291	Commentaire	410
Article 1055. — Sommaire. — Commentaire.	292	Article 1094. — Sommaire.	414
Article 1056. — Sommaire. — Commentaire.	293	Commentaire	415
Article 1057. — Sommaire. — Commentaire.	26	Article 1095.	431
Article 1058. — Sommaire. — Commentaire.	295	Sommaire. — Commentaire.	432
Article 1059. — Sommaire. — Commentaire.	296	Article 1096. — Sommaire.	433
Articles 1060-1061.	26	Commentaire	436
Sommaire. — Commentaire.	297	Article 1097. — Sommaire	476
Article 1062. — Sommaire. — Commentaire.	26	Commentaire	477
Article 1063.	26	Article 1098. — Sommaire. — Commentaire.	481
Article 1064. — Sommaire. — Commentaire.	298	Articles 1099-1100. — Sommaire.	495
Articles 1065-1066-1067-1068. — Som- maire. — Commentaire	299	Commentaire	496
Article 1069. — Sommaire. — Commentaire.	300		

TABLE GÉNÉRALE

ALPHABÉTIQUE ET ANALYTIQUE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CET OUVRAGE.

Les chiffres romains indiquent le volume, les chiffres arabes indiquent le numéro des paragraphes, et non la page

A

§ 1110. De l'action *ad irato* dans l'ancien droit. — 1. 478. — Quid sous le Code? — Controverse des auteurs. — Jurisprudence. 479. — Des enfants que le père a réduits à leur simple légitime ne peuvent pas par cela seul intenter cette action. 829.

ACCEPTATION de donation entre-vifs. — 1° Nécessité de l'acceptation. Elle est de l'essence de la donation. — Droit romain. — Ancien droit français. I, 1087. — Le Code, comme l'ordonnance de 1731, exige la solennité de l'acceptation. 1088, 1096. — Exception en faveur des donations faites par contrat de mariage. II, 2468, 2470. — L'acceptation n'a pas besoin de paroles sacramentelles. I, 1089. — La prise de possession dispense-t-elle de la formalité de l'acceptation? 1090. — La donation peut être révoquée tant que l'acceptation n'a pas été régulièrement manifestée, 1091, — quoique le donataire ait été mis en possession. 1092. — Les mineurs ne peuvent se faire restituer contre le défaut d'acceptation. 1093. — Quid si la donation étant faite à deux personnes, l'une des deux seulement accepte? 1074, 1095. — Le donataire peut-il répudier après avoir accepté? — Distinctions, 64 à 70.

2° De l'époque de l'acceptation. 1097. — Elle ne peut avoir lieu que du vivant du donateur. 1098. — Les héritiers du donataire se pourraient accepter, 1099, — si ses créanciers, 1100.

3° De la notification de l'acceptation. L'acceptation faite régulièrement du vivant du donateur doit, en outre, être connue de lui. — Conséquence. 1101, 1102. — Mais le donateur peut relever le donataire du défaut de notification. 1103. — Les héritiers et les créanciers du donataire peuvent intenter au donateur l'acceptation faite par leur auteur. 1104.

Ces règles sur l'acceptation *expresso* et *intelligente* sont-elles applicables aux donations indirectes et déguisées? 1105, 1106, 1107.

4° De la forme de l'acceptation. L'acceptation peut être faite par procureur. 1108. — Le mandat doit être spécial et en forme authentique. 1109, 1110, 1112. — Une expédition du mandat doit être jointe à l'acte d'acceptation. 1115. — De l'acceptation d'un *argentum quod sit* valée du vivant du donateur. I, 1111. — Quid si le donataire meurt avant que son mandataire ait accepté? 1114.

De l'acceptation de la donation à une femme mariée.

Nécessité de l'autorisation maritale. I, 1116. — Le défaut d'autorisation produisait-il, dans l'ancien droit, une nullité absolue? 1117. — Quid, sous le Code? 1118, 1119. — L'autorisation après le décès du testateur serait tardive. 1120. — Elle est nécessaire quel que soit le régime adopté par les époux. 1121. — Le mari peut-il accepter la donation faite à sa femme absente, lorsqu'il n'a point de procuration? 1122.

De l'acceptation de la donation faite à un mineur ou à un interdit.

Nécessité et formalité de l'acceptation par le tuteur. 1123. — Acceptation par le co-tuteur, si le mineur est émancipé. 1124. — L'omission de ces formalités entraîne-t-elle la nullité absolue de l'acceptation? 1125, 1126. — De l'acceptation par les ascendants des mineurs ou interdits. 1127 à 1130. — Il en est de même des père et mère des enfants naturels. 1131. — Les ascendants peuvent accepter pour leurs enfants enaés au moment de la donation. 1132. — Quid si le tuteur veut faire à son pupille une donation? 1133. — Le mineur lésé par le défaut d'acceptation a un recours contre son tuteur. 1134. — Quid dans le cas où le tuteur serait ou même temps le donateur? 1135, 1136. — Le mineur ne peut se faire restituer contre le défaut d'acceptation. 1093. — Quant à la capacité du mineur de donner ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament, voy. *Minorité*.

De l'acceptation de la donation faite à un sourd-muet. 1137, 1138.

De l'acceptation de donations faites aux hospices, aux pauvres et aux établissements d'utilité publique. 1139. — Voyez *Corps mortuus*, § 1^{er}.

ACCRÉDISSEMENT. Du droit d'accroissement résultant de la caducité des dispositions testamentaires. — En thèse générale, la caducité profite aux héritiers ab intestat s'il n'y a pas de légataire universel, au légataire universel s'il y en a, même en présence de réservataires; mais la volonté du testateur peut faire fléchir cette règle. II, 2160. — Droit romain; des diverses conjonctions. 2161 à 2168. — Système admis par le Code. 2169. — De la conjonction *re et verbis*. 2170. — De la conjonction *re tantum*. 2171 à 2174. — Jurisprudence de la cour de cassation. 2175, 2176. — L'interprétation de la volonté du testateur domine toutes les questions. 2177. — Résumé des conditions nécessaires pour que le droit d'accroissement puisse s'opérer. 2178. — L'accroisse-

ment se fait à la chose et non à la personne. 2179. — *Quid* si le légataire a vendu sa portion du legs? 2180. — La portion vacante accroît-elle avec ou sans la charge qui l'affecte? 2181. — Règles qui président au partage de l'accroissement. 2182. — *Quid* dans les legs d'usufruit? 2183 à 2185. — Le droit d'accroissement n'a lien que dans les dispositions testamentaires. 2186. — *Quid*, dans les institutions contractuelles? 2187, 2563. — Différence, quant au droit d'accroissement, entre les dispositions universelles et les legs particuliers. 2188. — De certaines dispositions qui ne sont pas, par leur nature, susceptibles de ce droit. 2189. — *Quid* dans les legs de quantité? 2190. — Le testateur peut prohiber ce droit. 2191.

ALIÉNATION MENTALE. Celui qui n'est pas sain d'esprit ne peut disposer par donation ou par testament.

Sens et étendue des mots *sain d'esprit*. 1, 445 à 448.

§ 1^{er}. De l'imbécillité, de la démence et de la fureur. 449, 450. — De la monomanie. 451 à 457. — Des intervalles lucides. — Valeur des actes faits dans ces intervalles. 458 à 460. — Des preuves de l'imbécillité, de la démence et de la fureur, s'il y a en interdiction. 461, 462, 463. — Preuves en cas de non-interdiction. 464. — De l'individu pourvu d'un conseil judiciaire. 465, 466. — La preuve de la violence peut être articulée même après le décès du disposant non interdit. 467 à 471. — Peu importe la mention faite par le notaire que le testateur est sain d'esprit. 472. — La prescription est en faveur de la sagesse du testament, s'il ne contient pas de dispositions extravagantes. 473 à 476.

§ 2. De certaines altérations de la raison qui, sans avoir le caractère d'aliénation mentale, enlèvent à la volonté sa rectitude et son indépendance. 477. — De la colère et de l'action en *irato*. 478, 479. De la violence exercée sur l'esprit du testateur. 480 à 484. — Du dol et de la fraude. 485 à 488. — De la captation et de la suggestion. Voy. *Captation*. — Du concubinage. 496, 508. — Du testament fait après avoir pris l'avis d'un conseil. 497 à 499. — De l'erreur sur la cause finale. 500. — sur la personne de l'héritier ou sur le corps de la chose léguée. 501. — sur la qualité de la personne gratifiée. 502 à 505. — De l'ivresse. 506. — *Quid* dans le cas de suicide du testateur? 507. — Le testament olographe est-il à l'abri des attaques qui peuvent se tirer de la démence, de la captation et autres causes ci-dessus indiquées? 508.

ASCENDANTS. § 1^{er}. De la réserve des ascendants en droit romain. 1, 798. — Les coutumes en leur en accordaient point. 799. — Loi du 4 germinal an viii. — Le Code a adopté les principes du droit romain. 801, 802. — Du sens du mot *biens* dans l'art. 913, 803. — Le mot générique d'*ascendants* comprend non-seulement les père et mère, mais encore les aïeux à quelque degré qu'ils soient. 804. — Dans quel cas la réserve est-elle due aux aïeux? 805. — De leur droit dans une succession testamentaire si les frères et sœurs sont renonçants. 806. — *Quid* s'ils sont absents? 807. — *Quid* dans le cas où l'aïeul successible renonce? Les collatéraux ont-ils alors droit à la réserve? 808, 809. — Du cas d'indignité en absence ou de la mort civile de l'aïeul. 810. — Du droit de l'aïeul sur la succession de l'enfant illégitime reconnu. 811. — *Quid* à l'égard de la succession de l'enfant adopté? 812. — Du cas où les père et mère ont droit à une réserve sur les biens de leurs enfants prédécédés. 813. — *Quid* si les père et mère sont indignes, interdits ou morts civilement? 814. — *Quid* dans le cas de répudiation des père et mère? 815. — De l'adoption à l'égard de l'adopté. 816. — Le père a-t-il une réserve sur les biens de son enfant naturel reconnu? 817. — Exemple des cas prévus par le 2^e § de l'art. 913, 818. — Difficultés soulevées par quelques auteurs dans le cas où le disposant est mineur. 819 à 824.

§ 2. Du partage anticipé fait par les ascendants entre leurs enfants. Voy. *Partage d'ascendants*.

§ 3. De l'acceptation par les père et mère et autres ascendants du mineur de la donation qui lui est faite. Voy. *Acceptation*.

Augmentation. Lorsque celui qui a légué la propriété d'un immeuble l'a ensuite augmenté par des acquisitions, ces acquisitions font-elles partie du legs? — *Quid* des embellissements ou des constructions nouvelles? Voy. *Délivrance de legs*, § 4.

Avancement d'hoirie. Des rapports à succession et de la réduction auxquels donnent lieu les donations en avancement d'hoirie. Voy. *Quotité disponible*, § 4, *Rapport et Réduction*.

C

CADUCITÉ. § 1^{er}. Des causes de caducité des dispositions testamentaires.

1^o De la caducité par le *précédés du légataire*. 11, 2121. — Elle n'a pas lieu s'il est prouvé que le legs est une reconnaissance de dette. 2122. — *Quid* du legs rémunératoire? 2123. — Les présomptions établies par l'art. 730 du Code, en cas de mort dans un même événement de personnes appelées à se succéder réciproquement ab intestat, sont-elles applicables entre le testateur et le légataire? 2124 à 2132. — Le legs n'est point caduc si le testateur manifeste la volonté que les héritiers du légataire recueillissent à son défaut. Cette volonté doit-elle être formellement exprimée? 2133.

2^o De la caducité des dispositions conditionnelles, lorsque le gratifié meurt avant l'accomplissement de la condition. Distinction à faire. 2134, 2135.

3^o De la caducité par la *perte de la chose léguée* durant la vie du testateur. 2136, 2137. — Quand une chose est-elle censée avoir péri? 2138 à 2141. — La volonté du testateur doit être recherchée et toujours prévaloir. 2142. — L'insuffisance des biens de la succession peut rendre le legs caduc en tout ou en partie. 2143. — De la perte arrivée après la mort du testateur. 2144.

4^o De la caducité par *incapacité du légataire*. Voy. *Copacité*. De l'époque à considérer pour apprécier l'incapacité. 2146.

5^o De la caducité par *répudiation*. De la différence entre la donation et le legs quant à l'acceptation. Voy. *Répudiation*.

§ 2. Quelles personnes peuvent profiter de la caducité du legs? — Droit d'accroissement. Voy. *Accroissement*.

§ 3. Caducité des donations faites en faveur du mariage.

Il y a caducité si le mariage ne s'ensuit point. 11, 2471, 2472. — Du cas où la donation faite en faveur du mariage se trouve hors du contrat. 2473. — La caducité s'applique aux donations déguisées. 2474. — La nullité du mariage a-t-elle le même effet que son inaccomplissement? 2475. — *Quid* à l'égard des tiers? 2476. — Quel est l'influence de la nullité du contrat de mariage sur la donation? 2477. — La célébration du mariage après la mort du donateur empêche la caducité. 2478. — *Quid* de l'incapacité survenue en la personne du donateur avant la célébration du mariage? 2479.

De la caducité des donations faites à l'un des époux dans les termes des art. 1063, 1064 et 1066 du C. Nap. si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité. 2480. — 1^o A quelles donations s'applique la caducité prononcée par l'art. 1063 du Code? 2481 à 2486. — 2^o Quel est l'événement qui opère la caducité? Le *précédés* du donataire et de sa postérité. 2487. — Il s'agit de la pos-

térilité du mariage favorisé par la donation. 2488, 2489. — Un enfant adopté ne fait pas obstacle à la caducité. 2490. — *Quid* de l'enfant naturel légitimé? 2491. — De la condamnation du donateur à une peine afflictive perpétuelle. De sa disparition et de la déclaration d'absence. 2492, 2493. — Des mêmes causes à l'égard du donataire. 2494, 2495. — Effets de la caducité. 2496 à 2499.

CAPACITÉ. — INCAPACITÉ. De la capacité de donner et de disposer à titre gratuit.

Observations préliminaires. — La capacité de donner et de recevoir par donation entre-vifs ou par testament est de droit commun. **L. 502.** — Motifs de certaines exceptions. **427.** — Distinction entre la capacité active et la capacité passive. **428.** — *Entre* la capacité absolue et la capacité relative. **429.** — Toute disposition en faveur d'un incapable est nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. — *Voy. Déguisement, Donation.*

§ 1^{er}. Époques auxquelles doit être considérée la capacité de recevoir et disposer à titre gratuit.

1^{er} Dans les testaments, en ce qui concerne le testateur. **429 à 434.** — En ce qui concerne les héritiers institués et les légataires. **435 à 439.**

2^e Dans les donations entre-vifs, relativement au donateur. **440.** — au donataire. **441.** — *Quid*, au cas de donation faite à un enfant à naître? **442.**

§ 2. Incapacités actives, c'est-à-dire qui empêchent de disposer valablement. Énumération. **443.** — L'art. 901 embrasse les donations entre-vifs et les testaments.

1^{re} incapacité. — *De l'insanité d'esprit.* *Voy. Aliénation mentale.* — *Quid* de certaines infirmités corporelles et de la vieillesse? **445, 446, 447.** — Du sourd-muet. **448 à 453.** — Un aveugle peut-il tester en la forme olographe? **449.** — Le testament olographe est-il à l'abri des attaques qui peuvent se tirer de la démence, de la captation et autres causes de cette nature? **450.**

2^e incapacité. — *De la mort civile et des condamnations en matière criminelle.* *Voy. Mort civile.*

3^e incapacité. — *De la minorité.* *Voy. Minorité.*

4^e incapacité. — *De l'état de femme mariée.* *Voy. Femme mariée.*

5^e incapacité. — *De le prodigue.* Le prodigue, qui est privé de l'administration de ses biens, peut disposer par testament, mais il ne peut donner entre-vifs qu'avec l'assistance de son conseil judiciaire. **534.**

6^e Des étrangers. *Voyez Étrangers.*

7^e De la capacité des communes, des congrégations religieuses, des établissements publics et autres moraux, civils et religieux, et de celle des membres de ces corps considérés *ut singuli.* *Voy. Corps moraux.*

§ 3. Incapacités passives. Elles sont absolues ou relatives. **541.**

Des incapacités absolues.

1^{re} *De la mort civile et de certaines condamnations criminelles.* — *Voy. Mort civile.*

2^e *Des personnes incertaines.* Rigueur de l'ancien droit romain corrigée par Justinien. **544.** — Peu importe que le testateur ne connaisse pas la personne qu'il institue, si elle se trouve suffisamment désignée par le testateur et si la disposition n'a pas été faite au hasard. **546.** — *Quid* si la personne gratifiée n'est pas conçue au décès du testateur? **547.** — De la faculté d'être. **548, 615.** — Du legs fait à un coadjuvateur testamentaire pour être employé suivant les intentions secrètes du testateur. **549, 550, 551.** — *Quid* des questions de dépôt entre-vifs? **552.** — Du mandat de remettre une chose à une personne désignée. *Quid* si elle n'est pas désignée dans le testament? **543, 554, 555.** — En quel sens les legs faits à des animaux sont valables. **561.**

3^e *Des corps moraux, civils et religieux.* Et des religieux considérés *ut singuli.* *Voy. Corps moraux.*

4^e *Des étrangers.* *Voy. Étrangers.*

5^e *De l'incapacité passive, en droit romain, de la veuve qui se remarrait ou malversait dans l'an de deuil.* — *Quid* dans l'ancien droit français? *Quid* sous le Code? **563, 5200.**

Des incapacités relatives. Énumération. **L. 567.**

1^{re} *Quid* du concubinage? — *Voy. Concubins.*

2^e *De l'indignité.* — *Voy. Indignité.*

3^e *De la minorité.* — *Voy. Minorité.*

4^e *De la femme mariée.* — *Voy. Femme.*

5^e *Des enfants à valtre.* — *Voy. Enfants à naître.*

6^e *Des enfants naturels.* — *Voy. Enfants naturels.*

7^e *Docteurs en médecine et en chirurgie, officiers de santé, pharmaciens.* — *Voy. Médecins.*

8^e *Ministres du culte.* — *Voy. Ministres du culte.*

9^e *Des témoins instrumentaires du testament.* — *Voy. Témoins instrumentaires.*

10^e *Des conjoints.* (Art. 1094, 1096 du Code Napoléon.)

§ 4. Des Donations déguisées faites au profit d'un incapable. — *Voy. Déguisement.*

Ou par personnes interposées. — *Voy. Interposition.*

CAPTATION. *Suggestion.* La captation et la suggestion ne sont une cause de nullité des testaments que lorsqu'elles participent du dol. **L. 479 à 481.** — Différence entre suggérer et suggestion. **492.** — Difficulté de faire admettre des preuves de suggestion et de captation. **493.** — Malgré le silence du Code, il est certain que le testament pourrait être cassé pour suggestion et captation. **494, 495.** — Il n'y a pas captation dans cette circonstance, que le testateur aurait en recours à l'avis d'un conseil. **497 à 499.** — *Quid* du concubinage? *Voy. Concubins.*

CAUSE. De la cause ajoutée aux libéralités.

En quoi elle diffère du mode. **579.** — De la cause finale. — De la cause impulsive. **579.** — Différence entre ces deux espèces de causes. — Conséquences. **581 à 584.** — Dans le doute, il faut la considérer comme impulsive. **585.** — Elle est purement impulsive lorsqu'elle a pour objet l'intérêt du légataire. **586.** — finale, lorsqu'elle est conditionnellement exprimée. **587.** — Il en est de la fausse cause en matière de donation entre-vifs, comme en matière de legs. **588.** — De la cause contraire aux bonnes mœurs. — Distinction. — Observations sur le sens de certains mots et de certaines formules employés dans les dispositions modales. *Voy. Conditions.* **§ 2.**

CODICILLE. Du codicille dans l'ancien droit. — Ses différences avec le testament. **L. 43, 46, 47.** — Sens du Code, il n'y a plus de différence entre le codicille et le testament. **48.**

CONCUBINS. Y a-t-il entre concubins incapable de donner ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament? — Du concubinage en droit romain. **L. 568.** — Ancien droit français, lois des 12 nivôse an ii et 4 germinal an viii — Comment le silence du Code doit être interprété? **569.** — La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour laisser subsister les donations entre concubins. **570.** — à moins qu'il n'y ait captation fraudulente. **571.** — Mais le concubinage n'est point une preuve irréfutable de la captation. **496.** — Des dons et legs dans le cas où le concubinage prend le caractère d'adultère. **572.**

CONDITIONS. Acceptation générale de ce mot dans le sens de l'article 900 du Code Napoléon relatif aux dispositions gratuites entre-vifs et testamentaires. **L. 183.**

§ 1. Définition, classification des conditions proprement dites. Notions qui les distinguent. **190 à 207.**

§ 2. Circonstances nécessaires pour que la disposition soit affectée par la condition. — *Déductions.*

1^{re} circonstance : La condition doit dépendre d'un événement futur. 208. — Quid si l'événement déjà arrivé était inconnu? 209. — Quid si la condition portait sur un événement déjà arrivé, mais qui pût arriver une seconde fois? 210, 211.

2^e circonstance : La condition doit être d'une chose possible et licite. — Effets différents des conditions impossibles et illicites dans les testaments et dans les contrats. 212 à 214. — L'article 900 comprend l'impossibilité de droit et de fait comme celle de nature. 215. — Elle doit être absolue. 226. — Des conditions impossibles parce qu'elles sont fausses. 227 à 231. — De l'impossibilité survenant après le testament et avant la mort du testateur. 232 et 233 à 239. — Quid lorsque la condition devient impossible après la mort du disposant? 233. — Exemples de conditions contraires aux bonnes mœurs naturelles ou civiles. 234, 235, 236. — De celles restrictives de la liberté quant au mariage. 237 à 242. — Des conditions affectant la liberté de prendre un état. 250, 251, 252. — De celle d'habiter avec le donateur ou dans un lieu désigné. 253. — De vivre bonnement. 254. — d'embrasser tel ou tel culte. 255. — de prendre le nom du testateur. 256. — de ne pas demander le compte que le tuteur doit à son pupille. 257. — De la défense de faire inventaire. 258 à 265. — De la condition de ne point attaquer un acte nul. 264. — Du legs fait avec condition que le légataire n'attaquera pas le testament. 265, 266. — De la condition de respecter le partage des lots fait par le testateur et de la sanction pénale qu'il y ajoute. 267, 268. — De celle de renoncer à une succession échue au même non élue. 269. — de vendre sans formalités de justice lorsqu'il y a des mineurs. 270. — De la défense d'aliéner pendant un certain temps. 271. — De la clause d'insaisissabilité. 272.

3^e circonstance. L'événement dont dépend la disposition doit provenir de la volonté spéciale du défunt.

De la condition extrinsèque. — Ses effets. 273, 274. 275. — Du legs fait sous une condition potestative de la part de l'héritier chargé du legs. 276. — La condition peut-elle être déferée à l'arbitrage d'un tiers? 277, 278. — Le testateur peut faire dépendre le legs d'un fait qu'il serait au pouvoir d'un tiers d'exécuter. 279. — La disposition dépendant d'une condition perpétuelle est nulle. 280. — Quid de l'obligation imposée au légataire de donner une chose égale au legs? 281.

§ 2. Effets des conditions. Trois époques à préciser. 282.

1^{re} époque. Temps où la condition est pendante. De l'effet suspensif. Le légataire n'a qu'un droit éventuel. 283. — Conséquences. 284 à 290.

2^e époque. Temps où la condition arrive. L'événement de la condition produit un effet rétroactif. — Différence dans les contrats quant aux effets des conditions. 291. — Quid quant à la condition résolutoire? 292 à 296.

3^e époque. Temps où la condition vient à défaillir. Défaillance de la condition suspensive et ses effets. 297. — Lorsque la condition résolutoire manque, la disposition devient définitive. 298. — Les paroles contenues dans la condition ont-elles une vertu dispositiva? 297 à 300.

§ 4. De l'accomplissement des conditions.

Elles doivent être énoncées in formâ specificâ dans le temps préfex. 301.

Questions sur l'exécution in formâ specificâ. — Exceptions à cette règle. — Admission des équipollents. 302. — Exemples. 303, 304, 305. — La mort civile est-elle équipollente à la mort naturelle? 306. — La condition suspensive peut-elle être accomplie par une personne ou une personne autre que celle désignée? 307 à 312. — Peut-elle l'être valablement par le mineur non autorisé? 313. — Du temps pour l'accomplissement des conditions. — Quid si elle n'a pas été remplie dans le délai préfex? — Distinctions. 314 à 323. — Cas dans lesquels la condition non accomplie est censée l'être. — Première règle.

Lorsque celui qui avait intérêt à ce que la condition ne s'accomplît pas en a empêché l'exécution. 326. — Deuxième règle. Lorsque le tiers placé dans la condition et chargé de recevoir ou de permettre refuse et met ainsi le légataire dans l'impossibilité de remplir la condition. 327, 328. — Troisième règle. Les conditions potestatives sont censées accomplies lorsqu'il ne tient pas à celui à qui elles sont imposées de les remplir. 329. — Quid s'il s'agit d'une condition mixte? — Distinction entre la partie de la condition qui est casselle et la partie potestative. 330 à 334.

La condition peut-elle être divisée dans son accomplissement réel et de fait? — Distinctions. — Exemples. 345 à 350. — À qui incombe la preuve de l'accomplissement? 351.

§ 5. Du mode ajouté aux actes à titre gratuit. Voyez Mode.

§ 6. De la démonstration. — Son caractère. — Différence entre la démonstration et la détermination ou, en d'autres termes, entre le legs démonstratif et le legs limitatif. 369, 370, 371. — Exemples. 372, 373. — Dans le doute, on doit considérer le legs comme démonstratif plutôt que comme limitatif. 374. — Quid de la fausse démonstration de la chose léguée ou de la personne du légataire? 375, 376, 377. — Quid si la démonstration dans un legs n'était fautive que pour partie. 378.

§ 7. De la cause ajoutée aux libéralités. Voyez Cause.

§ 8. Du terme apposé aux libéralités. Voyez Terme.

§ 9. Sens de certains mots dont on se sert ordinairement pour exprimer les diverses modalités qui font l'objet des §§ 3, 6, 7 et 8 qui précèdent. 402. — Il n'y a point d'expressions sacramentelles. La volonté du testateur doit dominer. 403, 404. — Sens à donner à cette matière aux expressions si, lorsque, quand, pour, etc., et à diverses formules. 405 à 414. — De la répétition tacite des charges et conditions. — 1^{re} Lorsque la personne gratifiée ne recueille pas, la charge qui lui est imposée passe-t-elle à la personne qui recueille à sa place? 415 à 422. — 2^e Quand les charges sont-elles censées répétées? 423 à 426.

CONGRÉGATIONS RELIGIEUSES. Voyez Corps moraux.

CORPS MORAUX. § 1^{er}. De leur capacité de recevoir des libéralités.

Distinction entre les corps moraux privés et les corps moraux publics. — Ceux-ci n'ont d'existence que par la sanction de l'autorité et ne peuvent acquérir à titre gratuit qu'avec son autorisation. 1, 662. — Les corps moraux publics sont civils comme les communes, les hospices, etc., ou religieux comme les églises, les congrégations, etc. 663. — Variation du droit romain en cette matière. 556, 658 à 661 et 664. — Deux conditions sont exigées par le Code : l'autorisation d'existence, l'autorisation d'acceptation de la libéralité. — Explication historique, à ce sujet, sur l'ancien droit féodal d'amortissement. 665 à 669. — Peu importe que le corps moral ne soit pas désigné par son nom dans l'acte de libéralité, si la disposition en elle-même ne laisse aucun doute. — Exemple. 557 à 560.

De l'autorisation d'accepter nécessaire aux établissements publics. — Législation à différentes époques. 676. — Danger qui peut résulter des retards qu'enraille cette nécessité, notamment en ce qui concerne les fruits et intérêts. 677. — La loi du 18 juillet, qui a remédié à cet inconvénient en ce qui concerne les communes, est-elle applicable aux établissements de bienfaisance? 678, 679. — Peu importe que le corps moral appelé à recueillir ne soit pas désigné par son nom, si la disposition en elle-même ne laisse aucun doute. — Exemple. 557 à 560.

§ 2. Observations particulières aux congrégations religieuses.

Des lois du 2 janvier 1817 et 24 mai 1825 sur ces congrégations. — Elles ne peuvent ni posséder ni recevoir, si elles ne sont formellement instituées par la loi. 670. *Quid* du legs fait à un établissement religieux dont l'existence n'a été autorisée qu'ultérieurement ou décrets du testateur? 612. — *Quid* du legs à une congrégation qui s'établit dans vingt ans, lorsque le donateur est décédé avant la révocation de l'établissement? 613. — La loi n'autorise pas les congrégations religieuses d'hommes. Exceptions. 671. — La constitution de 1848 n'a point restreint le droit de tutelle de l'État. 680, 681, 682. — Il doit s'étendre particulièrement sur les établissements religieux dont l'intérêt des familles. 685. — Des moyens fréquemment employés pour frauder la loi. 684. — Moyens de prouver la fraude. 685. — Des présomptions habituelles d'où résulte l'interposition de personnes. 686, 687. — Objections des congrégations religieuses non autorisées qui prétendent que, n'étant point reconnues par la loi, elles ont la capacité de simples particuliers; réfutation. — Arrêt en sens contraire. 688 à 691.

Congrégation des *Jésuites*. — Sous l'empire de l'acquisition à titre gratuit. 549, 671. — Congrégation des *Frères de la doctrine chrétienne*. — Elle est capable de recevoir. — Réfutation de l'opinion contraire. 528 et 672 à 675. — Des congrégations de femmes, législation les concernant. 530. — Des *sœurs hospitalières* et des *sœurs de charité*. 686, 687.

Des dispositions permises en faveur des établissements religieux légalement institués. — Loi du 24 mai 1825. — Prohibition du legs universel. 692. — Fixation de la quotité disponible. 693. — Présomption d'interposition entre les sœurs appartenant au même établissement. — La dot payée par chaque novice ou doit pas être imputée sur la portion disponible. 694. — De l'ancienne législation sur les dots apportées dans la communauté. 695.

Du retour au donateur ou à ses ayants cause des biens donnés, dans le cas où un établissement religieux vient à s'éteindre. 698. — De la répartition entre les établissements ecclésiastiques et les hospices s'il s'agit de biens achetés. 699.

Des membres d'une congrégation religieuse, considérés *ut singuli*. — Sous Justinien, les moines étaient privés du droit de tester. — En France, ils étaient considérés comme morts civilement. 528. — Il n'existe plus aujourd'hui d'incapacité légale contre les ecclésiastiques ni contre les religieux *ut singuli*, à quelque congrégation qu'ils appartiennent. 528, 529, 530, 664, 665.

CRÉANCIERS. Le créancier du *de cuius* ne peut ni demander le rapport ni en profiter. 1, 912, 915. — Les créanciers du donataire ne pourraient accepter la donation. 1100. — Les créanciers du donateur peuvent opposer le défaut de transcription, quels que soient leurs titres et la date de ces titres. 1185, 1184. — Différence entre les acquéreurs et créanciers du donateur d'une part, et les ayants cause de celui qui est chargé de faire faire la transcription, d'autre part. 1185 à 1188. — Les créanciers du donateur peuvent exercer le droit de celui-ci dans le cas du donat d'effets mobiliers avec accompagnement d'état estimatif. 1256, 1257. — De la révocation des donations entre-vifs pour fraude faite aux créanciers. 1286. — Les créanciers d'un légataire particulier pourraient-ils accepter pour lui? 11, 1885, 1886. — Du droit des créanciers de la succession contre les légataires universels, à titre universel ou à titre particulier. Voyez *Dotes et charges*. Les créanciers du légataire peuvent être admis à accepter la libéralité à laquelle il a renoncé. 2159. — Les créanciers du donateur sont non recevables à demander la nullité de la donation déguisée contre venant au art. 1094 et 1098 2747.

D

DÉGUISEMENT. Une donation entre-vifs ou testamentaire peut être déguisée de deux manières: ou par l'interposition de personne ou par contrat simulé. 1, 700.

§ 1^{er}. Du déguisement par interposition de personne. Voy. *Interposition*.

§ 2. Du déguisement des donations par contrat simulé. Principes du droit romain adoptés par le Code. 727, 894, 895. — La preuve incombe au demandeur en nullité. 719.

Des reconnaissances des dettes employées comme moyen de fraude. 728. — Sont valables les donations faites sous la forme de contrat onéreux à des personnes capables de recevoir. 730, 1082.

Des aliénations à la charge de rentes viagères, ou à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit faites en faveur d'un successible en ligne directe. (Art. 918, Code Napoléon.) Voy. *Rapports*.

Des donations de quinquies entre époux. Notifiquées ou non soit prononcer la nullité 11, 2739 à 2741. — De la distinction des donations indirectes et des donations déguisées pour l'application de l'art. 1099 du Code. 2742, 2743. — La nullité s'attache au donateur que lorsque l'avantage dissimulé est excessif. 1744. — Qui peut invoquer la nullité? 2745 à 2751. — Les créanciers du donateur ne peuvent l'invoquer. 2747.

DÉLIVRANCE DE LEGS. § 1^{er}. *Quand la délivrance doit elle être demandée?* Le légataire universel est tenu de demander la délivrance lorsqu'il y a des réserves. 11, 1791, 1772. — Procédure. 1798. *Quid* lorsque le testament est mystique, ou olographe? 1816 à 1821.

— Le légataire universel est tenu de se faire envoyer en possession par le juge, lorsque, le testament étant mystique ou olographe, il n'y a point de réservataire. 1822 à 1825. — De l'opposition des héritiers *ab intestat* à cet envoi. 1826. — Du droit et du devoir du juge. 1827 à 1835. — Des mesures conservatoires que peut prendre l'héritier. 1834.

§ 2. *Effet de la demande en délivrance, quant à la jouissance des biens, au profit du légataire universel.* Voy. *Legs universel*.

§ 3. *Des actions qui compétent aux légataires contre les héritiers du testateur ou autres débiteurs d'un legs.* — *Quid* en droit romain? 1793. — Des actions personnelles, réelles et hypothécaires, accordées par le Code. 1794. — De l'action personnelle à laquelle sont soumis les débiteurs du legs. 1821. — Cas dans lequel les héritiers sont tenus *in solidum*. 1822, 1825. — *Quid* lorsque, par l'effet du partage, un corps certain légé est tombé au lot de l'un des héritiers? 1824. — *Quid* lorsque la chose légée a péri par le fait ou la faute d'un des héritiers? 1825. — De l'action réelle. Le légataire a l'action en revendication. 1826. — De l'action hypothécaire. 1827. — Motif qui a fait introduire cette action. 1828. — Peut-elle être exercée solidairement contre chacun des cohéritiers? 1795. — S'étend-elle aux biens propres de l'héritier? 1796. — Le légataire universel qui demande la délivrance peut-il procéder de piano par voie de saisie-exécution? 1797.

Séparation des patrimoines. Droit de la demander contre les débiteurs du legs. 1829.

§ 4. *Comment doit être faite la délivrance?* 1936. — Des accessoires de la chose légée. 1931, 1932. — De l'extinction d'un legs de meubles. 1935. — C'est dans l'état où se trouve la chose au moment du décès qu'elle doit être livrée. — Conséquences quant aux détériorations. 1934. — *Quid* dans le cas de legs d'un troupeau? 1935.

Des augmentations qui ont été faites par le testateur

postérieurement au testament. Que doit-on considérer comme augmentations? 1936 à 1941. — *Quid* lorsque, avant le testament ou depuis, la chose léguée a été hypothéquée par le testateur? 1942 à 1944; — ou grevée d'un usufruit, 1945; — ou d'une servitude? 1946. — Du legs de la chose d'autrui. 1947, 1948. — Du legs de la chose commune. 1949 à 1951. — Effets du partage sur le legs de la chose commune. 1952, 1953.

De legs d'une chose indéterminée. 1954. — Du droit romain. 1955 à 1957. — Le choix appartient-il à l'héritier? 1957. — Il ne peut offrir une chose de la plus mauvaise qualité, ni être forcé à en donner une de la meilleure. 1958. — Cas où le legs deviendrait un legs d'option. 1959. — *De legs d'option.* 1960 à 1975. — Du délai dans lequel doit s'exercer l'option. — *Quid* en cas de désaccord entre les ayants droit du légataire? 1979.

De legs fait par le testateur à son créancier, ou à son débiteur. — Il n'est point présumé fait en compensation, 1970. — même dans le cas où le testateur était déjà débiteur du légataire. 1971, 1972. — De la reconnaissance de la dette. 1973.

De legs de libération — Caractère de ce legs. — Ses effets. — Il ne constitue pas un fidéicommissaire, 1, 138 à 140. — L'héritier ne peut, pendant condition, exiger la somme dont la libération a été léguée au débiteur conditionnellement. 142, 143, 147. — De son étendue. II. 1974. — Hypothèques. 1975, 1976, 1977. — Il se porte point sur les dettes postérieures au testament. 1978. — *Quid* si le légataire, ignorant la libération qui lui est faite, payait la dette à l'héritier? 1979. — *Quid* s'il avait payé du vivant du testateur? 1980. — La novation de la dette n'empêche pas le legs de libération de produire son effet. 1981.

DÉMONSTRATION. Du legs démonstratif. I, 369 à 379. Voy. Conditions.

DETTES ET CHARGES. § 1^{er}. Des dettes et charges des successions. II, 1835.

1^{re} Du légataire universel. Il est tenu ultra vires. 1836. — *Quid* lorsque le légataire est en concours avec un réservataire? Distinction à faire. 1837, 1838. — Que comporte l'action directe? Dans quelle mesure ce légataire en est-il tenu? 1839. — Du cas où il est en concours avec un réservataire. 1840. — De l'action hypothécaire à laquelle il est assujéti. 1841. — Du paiement des legs. Comment le légataire universel en est-il tenu? 1842, 1843. — De l'application de la loi Falcidia en droit romain. 1844. — Elle n'a point été adoptée par le Code. 1845.

2^{de} Du légataire à titre universel. De son assimilation au légataire universel pour le paiement des dettes. 1857. — Du partage des dettes entre les héritiers ou collatéraux et le légataire à titre universel. Règle différente de celle qui est suivie à l'égard des créanciers. — *Quid* lorsque le legs à titre universel est d'une espèce de biens? 1859. Comment contribue le légataire de l'universalité de l'usufruit? 1860, 1861. — De l'action hypothécaire. 1862. — Le paiement des legs particuliers est une charge de la succession. Le légataire à titre universel doit contribuer, 1863. — même lorsqu'il concourt avec un héritier naturel, 1864. — à moins que le testateur n'ait manifesté une intention contraire. Exemples. 1865 à 1867. — Conséquences de ces solutions quant au profit des caducités. 1868.

3^{de} Du légataire à titre particulier. Il n'est pas tenu des dettes lorsque la succession est solvable. 1882. — Il est obligé de subir une réduction s'il y a lieu de pourvoir les légitimes. 1883. — Il doit supporter les charges résultant de la nature même de la disposition. 1884. — *Quid* en cas d'insolvabilité de la succession? 1885 à 1887. — De l'action hypothécaire à laquelle peut être soumis le légataire particulier. 1888, 1889.

Des reconnaissances de dettes contenues dans un testament. — Sont-elles recevables? II, 2034 à 2041. — *Quid* de la déclaration par testament qu'une dette a été payée? 2062, 2063.

§ 2. Des dettes en matière de donation entre-vifs. De la condition d'acquiescer des dettes imposée au donataire. Voy. Donation entre-vifs. § 7.

Dans le cas de partage d'ascendant; Voy. Partage d'ascendant.

Dans le cas d'institution contractuelle; II, 2365.

Dans le cas de donation de biens présents et à venir par contrat de mariage. II, 2402 à 2406 et 2412 à 2427. — *Quid* de la condition imposée dans ce contrat de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur? 2448 à 2452.

DES MANÈRES. — Le don manuel est-il soumis pour la forme aux règles des donations entre-vifs? Non, d'après l'ordonnance de 1751 I, 1039. — Il en est de même sous le Code. 1040, 1041. — On peut donner ainsi toute espèce d'objets mobiliers. 1036. — Preu importe la valeur de ces dons. — Rapprochement entre les dons manuels et le dépôt. 1042, 1043. — De l'indivisibilité de la déclaration du possesseur attaqué comme dépositaire et qui se prétend donataire par et simple. 1044 à 1050. — *Quid* si le possesseur était attaqué comme mandataire? 1051. — *Quid* dans le cas où le don manuel a été fait à un tiers par une sorte de fidéicommissaire? 1052. — Le don manuel perd son efficacité lorsqu'il dégénère en une donation à cause de mort. 1053. — Le don manuel d'un manuscrit, lorsque le droit de publier est différé après la mort du donateur, doit-il être réputé fait à cause de mort. 1053 à 1055. — *Quid* quant aux donations de créances, telles que titres de rente, billets, etc? Voy. Donation, § 2.

NOVATION A CAUSE DE MORT. Ses rapports avec le testament. Exemple. Transformation de la donation à cause de mort. I, 36, 37. — Pourquoi elle se perpétue dans les pays de droit écrit. 38. — Pourquoi il en fut différemment dans les pays coutumiers. 39. — Le Code a suivi l'exemple du droit coutumier. 40. — *Quid* d'une disposition où le donateur plein de vie, mais en présence d'un danger de mort, met le donataire en possession de la chose et pactise avec ce dernier qui accepte? Caractère d'une telle disposition. 41 à 44.

De la disposition qu'on appelle à Rome *mortis causa capio*. 50.

DONATION D'EFFETS MOBILIERS. Importance de l'art. 948 qui impose pour les donations d'effets mobiliers, outre les formalités ordinaires, un état estimatif signé des parties et annexé à la minute. I, 1229, 1231, 1232. — Cet article n'est point applicable aux donations de meubles qui se font avec tradition présente. 1230. — ni à celles qui n'ont pas trait à des meubles présents. 1232. — Est-il applicable aux donations d'universalité de meubles? 1233. — *Quid* si la description des meubles existe dans le corps même de la donation? 1233. — *Quid* lorsque la tradition a lieu au moment de l'acte? 1234. — Le donateur qui aurait fait la tradition sans état estimatif, pourrait réclamer les effets. 1235. — Ses créanciers, même postérieurs à la donation, auraient le même droit. 1236, 1237. — Durée de l'action en nullité. 1238. — De la nécessité et de la forme de l'état estimatif et de l'estimation. 1239 à 1242. — *Quid* de la donation de choses incorporelles telles que rentes, créances et autres comprises dans les art. 329 et 330 du Code Nap.? 1244 à 1249. — La donation d'effets mobiliers faite par contrat de mariage n'est point dispensée de l'état estimatif. 1250. — non plus que les donations entre époux. 1251. — Il est permis au donateur de faire la réserve à son profit ou de disposer au profit d'un tiers de la jouissance des biens donnés. 1251, 1253. — Est-il astreint à fournir caution? 1256. —

Qui doit supporter la perte des effets mobiliers décrits dans l'état estimatif? 1258 à 1260.

DONATION ENTRE-VIFS § 1^{er}. Observations générales sur la bienfaisance. 1, 1 à 5. — Caractère particulier de la donation. 6. — En quoi elle diffère du testament 7, 8. — La donation est de droit naturel. — Réfutation de l'opinion contraire. 9, 10, 11. — Motifs qui justifient la réunion dans un même titre du testament et de la donation. 33. — Coup d'œil sur l'ancienne législation. 34 à 44.

Définition de la donation entre-vifs d'après l'art. 894 du Code Napoléon. 51, 56. — Pourquoi elle est qualifiée *entre-vifs*. 52 à 55. — La donation est un contrat. — Controverses des auteurs. 57 à 61. — Est-elle un contrat synallagmatique? — Distinction. 62, 63. — Le donataire peut-il répudier après avoir accepté? 64 à 70. — Sens des mots *à dépouille* employés par l'art. 894. 71. — Portée du mot *actuellement* — Explication de la maxime *donner et recevoir se vaut*. 72, 73. — Ce qu'il faut entendre par le mot *irrévocablement*. 74, 77. — Conséquence de la règle d'irrévocabilité. 78. — Explication des mots au profit de. — Conséquences dans le cas où des obligations sont imposées au donataire. 79, 80. — De l'acceptation de la donation. Voy. *Acceptation*.

§ 2. Des formes de la donation entre-vifs. — Conséquence de leur inobservation; quoique de droit naturel, la donation emprunte au droit civil ses formes essentielles. 1036. — Des formes de la donation en droit romain. 1037. — De l'état de la jurisprudence, en France, avant l'ordonnance de 1751. — Effet de cette ordonnance. 1038, 1039. — L'article 931 reproduit la disposition de cette ordonnance 1040. — Les règles prescrites sur la forme des donations sont de rigueur. 1067. — *Quid* à l'égard des dons manuels? Voy. *Dons manuels*. — *Quid* des donations de créances, telles que titres de rente, actions, billets, etc.? 1057 à 1062. — Une donation sous seing privé déposée chez un notaire, enregistrée et transcrite aux hypothèques, serait sans valeur. 1063. — Le donateur pourrait la faire annuler, même après ratification et exécution. 1064. — *Quid* des héritiers et ayants cause du donateur? 1065 à 1067. — Le donateur, après la délivrance des meubles, pourrait-il invoquer le défaut de l'état estimatif exigé par l'art. 948 du Code? 1068. — *Quid* des donations avec charge? — Distinction à faire. 1069 à 1072. — *Quid* en matière de donation rémunératoire? 1073, à 1075. — Des remises de dettes. 1076 à 1078. — La renonciation à une prescription acquise est exempte des formalités de la donation. 1079. — Il en est de même du rattachement d'une dette. 1080. — Ainsi que des libéralités indirectes stipulées comme charge d'un contrat principal. 1081. — *Quid* de la donation d'une chose disponible faite à un donataire capable sous forme de contrat onéreux? 1082. — La procuration en matière de donation doit être authentique. 1084. — *Sur* de l'autorisation donnée à la femme par le mari. 1835. — Durée de l'action en nullité pour vice de forme. 1086.

§ 3. De l'acceptation des donations. Voy. *Acceptation*.

§ 4. Effets de la donation. — La donation régulièrement faite et dûment acceptée transfère la propriété sans qu'il soit besoin de tradition. 1140. — *Quid* dans l'ancien droit écrit? 1141. — Dans les pays de coutume? 1142, 1143. — Le Code érige en loi la disposition de la loi romaine. 1144, 1145. — Une seule exception à ce principe en ce qui concerne les donations d'effets mobiliers. 1146. Voy. *Donation d'effets mobiliers*.

§ 4. De la transcription. — Nécessité de la transcription dans les donations de biens susceptibles d'hypothèques. Voy. *Transcription*.

§ 5. Formalités spéciales aux donations d'effets mobiliers. Voy. *Donation d'effets mobiliers*.

§ 6. Quels biens peut comprendre la donation?

Elle ne peut comprendre que les biens présents du do-

notaire. 1195. — De la donation des biens présents et à venir en droit romain. 1194. — Dans les pays coutumiers. — Ordonnance de 1751, 1195, 1196. — La nullité ne porte que sur les biens à venir. 1197. — Ce qu'il faut entendre par biens à venir. — Exemple. 1199 à 1204. — Les donations par contrat de mariage ne sont pas soumises à cette règle. 1198. — Voy. *Donation anténuptiale*.

§ 7. De certaines conditions qui rendent nulles les donations entre-vifs, autres que celles mentionnées aux chapitres VIII et IX du titre des Donations.

De la condition potestative de la part du donateur. 1205, 1207.

Des conditions relatives au paiement des dettes. 1208 à 1211.

Des conditions impossibles ou contraires aux lois ou aux mœurs. Voy. *Conditions*.

De la réserve faite par le donateur de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une somme fixe sur les biens donnés. — A qui appartient l'effet ou la somme si le donateur meurt sans en avoir disposé? 1223 à 1224. — *Quid* s'il s'agissait d'une réserve éventuelle qui regardait un tiers et qui par l'événement ne pourrait plus avoir lieu? 1225, 1226.

De la réserve de la jouissance ou de l'usufruit des biens donnés soit au profit du donateur, soit au profit d'un tiers. 1234, 1235. — Le donateur qui s'est réservé l'usufruit n'est pas astreint à donner caution. 1236. — Serait-il tenu de faire dresser un état des immeubles réservés? 1237. — *Quid* de la réserve de jouissance dans les donations d'effets mobiliers? Voy. *Donation d'effets mobiliers*.

De la stipulation du droit de retour. Voy. *Droit de retour*.

§ 8. De la révocation des donations. Voy. *Revocation*.

§ 9. Des donations anténuptiales et des donations entre époux pendant le mariage. Voy. à ces mots.

DONATION RÉMUNÉRATOIRE. — La donation rémunératoire est-elle astreinte aux formalités ordinaires des donations? 1, 1073, 1074. — Une donation faite pour l'accomplissement d'une obligation naturelle peut être assimilée aux donations rémunératoires pour services appréciables. 1075. — Du legs rémunératoire universel fait aux personnes incapables désignées dans l'art. 909. 637 à 639. — Quand la donation rémunératoire peut-elle donner lieu à réduction? 896, 897, 899. — Est-elle sujette à révocation pour cause d'ingratitude? 1318.

DONATIONS ANTÉNUPTIALES. Différence entre les donations anténuptiales dont s'occupe le Code et les donations *propter nuptias*.

Le Code distingue les donations faites dans le contrat de mariage par des tiers aux époux et aux enfants à naître et les donations entre époux. II, 2340. Elles ne peuvent être attaquées pour défaut d'acceptation expresse. 2469. — *Sur* des donations faites en dehors du contrat de mariage quoique en faveur du mariage. 2470.

§ 1^{er}. Des donations anténuptiales faites par des tiers.

1^o Des donations de biens présents. Elles sont régies par les règles ordinaires des donations et ne peuvent se faire au profit des enfants à naître. 2341. — Exceptions admises par le Code. 2342. — Cette donation donne lieu à la garantie. 2342.

2^o Des donations de successions ou institutions contractuelles. Voy. *Institutions contractuelles*.

§ 2. Des donations entre époux. Voy. *Donation entre époux*.

DONATIONS ENTRE ÉPOUX. Pourquoi le Code ne s'occupe pas des donations faites par des tiers aux époux pendant le mariage. II, 2315. — Du droit romain en ce qui concerne les donations anténuptiales et du droit coutumier en ce qui concerne le douaire, les gains de survie

et autres avantages légaux. 2516. — Division du sujet. 2517.

§ 1. Des donations par contrat de mariage. Liberté dont jouissent les époux pour se donner par ce contrat. — Le droit romain et le droit coutumier. 2518 à 2520. — Système du Code. 2521. — La réciprocité ne détruit pas le caractère de la libéralité. — Conséquences. 2522 à 2524. — Conditions que les donations entre futurs admettent. — De la révocation pour survenance d'enfants. — De l'action révocatoire des créanciers frustrés. 2525. — Influence de la faillite du mari sur les gains de la femme. 2526.

De la capacité du mineur pour donner par contrat de mariage. Voy. Mineurs.

1^o De la donation des biens présents entre futurs époux. 2527. — Elle n'est point révocable par survenance d'enfants. 2528. — Elle n'est pas résolue par le prédécès du donataire. — De la condition de survie qui peut y être ajoutée et de ses effets suivant qu'elle est suspensive ou résolutoire. 2529 à 2535. — La condition de survie est censée accomplie quand le donataire est tué par le donateur. 2536.

2^o De la donation de biens à venir ou de biens présents et à venir.

Les futurs peuvent se faire don de leurs successions. 2537. — Les institutions contractuelles et donations universelles qu'ils se font sont soumises aux dispositions des articles 1092 à 1095, sauf qu'elles ne sont pas transmissibles aux enfants du mariage. 2538, 2539. — Dans la donation cumulative, les biens présents eux-mêmes ne passent pas aux enfants du donataire prédécédé. 2540. — De la donation faite sous des conditions potestatives. 2541. — La donation des biens à venir est éventuelle jusqu'à la mort du donateur. — Elle s'ouvre alors sans rétroactivité. — Conséquences. 2542. — Il en est de même de l'institution contractuelle. 2543. — De la donation des biens présents et à venir. — De l'hypothèque légale de la femme donataire. 2544. — De la donation d'une somme à prendre en cas de survie. 2545. — De la remonciation anticipée aux gains de survie entre époux sur des biens à venir. 2546 à 2551. — De la remonciation aux donations de biens présents faites sous des conditions potestatives. 2552.

3^o De la quotité disponible spéciale au conjoint. Voy. Quotité disponible.

Des libéralités qui lui sont permises lorsqu'il existe des enfants d'un précédent mariage. Voy. Quotité disp.

§ 2. Des donations entre époux pendant le mariage. Objet et motifs de l'article 1096. 2652. — Droit romain. 2653 à 2655. — Droit des pays de droit écrit. 2656. — Pays coutumiers. 2657. — Droit intermédiaire. 2658. — Droit actuel. 2659. — De la donation entre gens mariés. — Elle n'est ni une donation entre-vifs, à proprement parler, ni une donation à cause de mort. — Anomalies qui en résultent. — Exemples. 2660. — La donation entre époux confirmée par le silence du donateur jusqu'au décès a-t-elle un effet rétroactif? — *Quid* pour la donation de biens présents? 2641, 2642. — Pour la donation des biens à venir? 2643. — La donation entre époux a donc une nature mixte. 2644.

De la capacité requise de l'époux qui donne à son conjoint. — Du mineur. 2645. — De la femme mariée. 2646, 2647. — De l'époux condamné à une peine afflictive perpétuelle. 2648. — A quelle époque faut-il rechercher la capacité de l'époux donateur? 2649. — Et celle de l'époux donataire? 2650.

De la forme de ces donations entre conjoints. — *Quid* s'il s'agit de biens présents? 2651. — La transcription est-elle nécessaire pour les immeubles? 2652. — *Quid* s'il s'agit de biens à venir? 2653 à 2655.

Des effets de la donation entre époux quand elle a pour objet des biens présents. 2656, 2657. — Dans quel ordre la donation entre époux est-elle réductible? 2658. — Le prédécès du donataire rend-il la donation caduque? 2659. — *Quid* quand elle a pour objet des biens à venir? 2660.

— De la réduction. 2661. — De la caducité par le prédécès du donataire. 2662.

De la révocabilité des donations entre époux. — Les époux ne peuvent s'interdire ni de révoquer leurs donations, ni de se faire des donations. — Conséquences. 2663, 2680. — La femme peut révoquer sans autorisation. 2664. — En quelle forme la révocation peut-elle manifester? 2665. — De la déclaration que l'on révoque tout testament antérieur. 2666. — De la révocation tacite. — De l'aliénation du bien donné. 2667. — De l'hypothèque consentie par le donateur. 2668, 2669. — *Quid* d'une dette contractée ou d'une condamnation civile subie. 2670. — Dans le doute il faut maintenir la donation. 2671. — Le droit de révoquer est personnel au donateur. — Conséquences. 2672, 2673. — La révocation a des effets absolus contre les ayants cause du donataire. 2674. — Que doit restituer le donataire en cas de révocation? 2675.

Causes de révocabilité. — L'inséance des conditions. — L'ingratitude. — mais non la survenance d'enfants. 2676. L'article 1096 s'applique aux donations indirectes. 2677. — *Quid* de la répudiation par le mari d'une hérédité dévolue en second degré à sa femme? 2678. — Une promesse que le donateur n'a pas exécutée avant de mourir est-elle valable par cela seul qu'il ne l'a pas révoquée? 2679.

Dispositions interdites aux époux pendant le mariage. Voy. Donation mutuelle.

§ 3. Règles communes aux donations faites entre époux soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.

1^o Des avantages permis au cas où l'un des conjoints se remarque ayant des enfants d'un premier lit. (Art. 1098 du Code.)

Voy. Quotité disponible, § 4.

2^o Nullité de toute donation déguisée ou faite à personne interposée. Voy. Déguisement. Interposition.

DONATIONS MUTUELLES. — Définition et caractères de ces sortes de donations d'après les anciens auteurs. I, 1392. — L'ordonnance de 1731 les regardait comme des donations véritables. — Et le Code les a soumises aux règles des donations ordinaires. 1393. — Différence entre la donation mutuelle et la donation avec charges. 1394. — Lorsqu'il survient des enfants à l'un des donateurs, la double donation est révoquée. 1395.

De son mutuel entre époux. — Les époux ne peuvent pendant le mariage se faire des dons mutuels entre-vifs ou testamentaires par un même acte. II, 2681. — Ils le peuvent par actes séparés. 2692. — Validité de la donation mutuelle faite entre époux pendant le mariage, avant le Code. 2693. — Y a-t-il donation mutuelle dans l'achat, avec des valeurs de la communauté, d'une rente viagère réversible sur la tête du survivant des époux? 2694. — Les parents qui font entre leurs enfants et dans un même acte le partage de leurs biens, peuvent-ils se réserver l'usufruit de tous ces biens au profit du survivant d'entre eux? 2695. — Les donations mutuelles sont soumises à la réduction. I, 939. — Sont-elles révocables pour cause d'ingratitude? 1319.

DROIT DE RETOUR CONVENTIONNEL. — Le droit de retour stipulé par le donateur dans le cas prévu par l'article 951 n'est pas contraire à l'irrévocabilité des donations entre-vifs. I, 1261. — Différence entre le retour et la substitution. 1262. — Du droit de retour stipulé au profit des héritiers dans l'ancienne jurisprudence. 1263 à 1265. — Le Code l'a prohibé comme une véritable substitution. 1266. — Si ce droit n'est stipulé par le donateur et ses héritiers, la disposition sert-elle nulle pour le tout? 1267. — *Quid* s'il a été réservé par le donateur au profit d'un tiers seul sans parler de lui donateur? 1268. — *Quid* si la stipulation n'est point faite directement et exclusivement pour un tiers, mais pour le donateur et pour un tiers non héritier? 1269. — Mais le droit de

retour peut être valablement subordonné à toute autre condition qu'à celle du prédécès du donataire sans constituer une contrevention à l'art. 931. 1270. — *Quid* du droit de retour pour le cas où le donateur relèverait d'une maladie dont il est atteint? 1271. — De l'événement de la condition qui donne lieu au droit de retour. — *Quid* de la mort civile? — L'adoption faite par le donataire serait-elle l'équipollente de la naissance pour empêcher l'exercice du droit de retour? 1273. — *Quid* de la reconnaissance d'un enfant naturel? 1274. — *Quid* si le donataire étant mort laisse des enfants qui décèdent eux-mêmes avant la donation? 1275. — Le droit de retour ne se présume pas. 1276.

Effet du droit de retour conventionnel.

La condition du prédécès du donataire, à laquelle est soumise le droit de retour, est une condition résolutoire et en produit tous les effets. 1279. — Exception dans la cas où la donation ayant été faite au mari par contrat de mariage, la femme a pris hypothèque légale sur les biens de son mari. 1280. — Etendue du droit de la femme en cas. 1281 à 1283.

E

ENFANTS À NAITRE. L'enfant doit être conçu au moment de la donation entre-vifs pour être capable de recevoir. — Il suffit d'être conçu au moment de la mort du testateur pour recevoir par testament. 1, 539, 600. — Sens de ces mots de l'art. 610 *au moment de la donation*. Est-ce le moment de la rédaction de l'acte ou celui de l'acceptation? 616, 617. — La libéralité reste sans effet si l'enfant ne nait point viable. Conditions nécessaires pour qu'il soit regardé comme né viable. 601 à 605. — Comment enlèvera-t-on si l'enfant né viable était nu non conçu lors de la donation ou au moment du décès du testateur? 606. — Le disposant peut-il gratifier par forme de rachat un enfant à naître après son décès? 607 à 611. — Du legs fait à un tiers à la charge d'en faire profiter une personne non encore conçue au moment du décès du testateur. 614, 615.

Des dispositions pénales par les art. 1048 et 1049 du Code avec charge de rendre aux enfants nés ou à naître du donataire. Voy. *Substitution officieuse*.

ENFANTS NATURELS. § 1^{er}. De leur incapacité de rien recevoir par donation entre-vifs ou testamentaire au-delà de ce qui leur est accordé au titre des *Successions*. Variation du droit relativement à la capacité des enfants naturels. 1, 627. — L'incapacité de l'art. 908 n'est relative qu'aux père et mère du enfant naturel reconnu. 628. — Les enfants naturels adultérins et incestueux ne peuvent recevoir que des aliments. 629. — Jurisprudence de la cour de cassation au sujet de la constatation de l'adultérinité. 630. — L'incapacité n'existe point vis-à-vis des parents des père et mère de l'enfant naturel. 632. — Il en est de même du bâlard adultérin. 633. — De la réduction des libéralités excessives. Par qui peut-elle être demandée? 634.

§ 2. Des droits des enfants naturels reconnus, dans les successions de leurs père et mère.

Leur réserve n'est point une dévolution de droits héréditaires, mais une espèce de créance réelle sur la succession. Ils n'ont point la saisine. 771. — Conséquences. 772, 773. — Diverses hypothèses de concours des enfants naturels avec les héritiers légitimes. 774 à 779. — Faculté donnée au père de réduire, de son vivant, le droit de l'enfant naturel. 780. — Les collatéraux n'ont-ils une réserve à l'égard de l'enfant naturel? 844. — La naissance des enfants naturels, même reconnus, n'a aucune influence sur les donations antérieures. 1572.

§ 3. Des droits des ascendants sur la succession des enfants naturels reconnus.

Quid du droit de l'aïeul? 841. — Le père a-t-il une réserve? 847.

ESTIMATION. De l'estimation de la valeur des masses active et passive de la succession pour fixer la quotité disponible. De l'estimation des améliorations et détériorations des immeubles, survenues depuis la donation. Voy. *Réduction*. De l'estimation d'un anneau donné et sujet à rétrocession. Voy. *Usufruit*. De l'état estimatif qui doit être joint aux donations d'effets mobiliers. Voy. *Donation d'effets mobiliers*. Estimation à faire dans le cas de la substitution officieuse. 11, 2266.

ÉTABLISSEMENTS PUBLICS. Voy. *Corps moraux*.

ÉTRANGERS. Du droit des étrangers du disposer à titre gratuit. Ce qu'il était à Rome. Ce qu'il était autrefois en France. Du droit de réciprocité admis par le Code. Loi du 14 juillet 1819. 1, 326. — Dans quelle forme doit être fait le testament d'un étranger en France? 327.

De la capacité passive des étrangers. 734.

De l'incapacité des étrangers à Rome. Du droit d'aubaine en France. 732. — Du système de réciprocité admis par le Code et abrogé par la loi du 14 juillet 1819. 733 à 735. — La capacité personnelle du légataire se juge par la loi de son pays; mais les jugements rendus en pays étranger n'ont aucune influence pour le frapper d'incapacité. 736.

EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES. — Des exécuteurs testamentaires dans l'ancien droit. 11, 1990. — Sous le Code. 1991. — Singularité du mandat qui leur est donné. 1992.

De la saisine de l'exécuteur testamentaire dans l'ancien droit. 1994. — De la saisine du mobilier autorisé par le Code. 1995, 1996. — Des fonctions de l'exécuteur testamentaire lorsqu'il n'a point la saisine. 1997, 1998. — Durée légale de la saisine. 1999. — Le testateur ne peut prolonger cette durée. 2000. — Sur quels meubles porte la saisine. 2001. — Du recouvrement des dettes actives. 2002. — Du paiement des legs mobiliers. 2003. — Du paiement des dettes. 2004. — Les créanciers de la succession qui veulent obtenir leur paiement devront-ils assigner l'héritier en même temps que l'exécuteur testamentaire? 2005. — L'héritier peut faire cesser le mandat de l'exécuteur testamentaire. — A quelles conditions? 2006.

De la capacité requise pour être exécuteur testamentaire. — Les femmes peuvent accepter ces fonctions. 2009. — *Quid* de la femme mariée? — Distinction. 2014, 2015. — Le mari qui a autorité est-il personnellement responsable? 2016. — Le mineur ne peut accepter même avec l'autorisation de son tuteur. 2017. — Quel serait le sort d'un legs fait au mineur en considération de l'exécution testamentaire qui lui est déferée? 2018. — Les incapacités relatives de recevoir n'empêchent pas d'être exécuteur testamentaire. — Sir, le médecin, l'enfant naturel, etc. 2019. — Les héritiers et légataires peuvent accepter ce mandat. 2011. — Le tuteur aussi. 2012. — *Quid* de la capacité d'une personne insulvable? 2013.

Fonctions de l'exécuteur testamentaire. — Des prérogatives que lui donne le Code. 2019. — De l'apposition des scellés. 2020, 2021. — De l'inventaire. 2022, 2025. — Vente du mobilier. 2024. — L'exécuteur testamentaire doit veiller à l'exécution du testament. 2025. — Peut-il faire vendre les immeubles? 2026. — Des distributions de biens autorisées dans l'ancien droit. 2027. — Du compte de sa gestion. 2028 à 2031. — Il ne peut prétendre à aucun salaire. 2032. — Des intérêts qu'il doit au qui lui sont dus. 2033. — Caractère de l'action à laquelle il est soumis. 2034. — L'exécuteur ne peut se substituer un remplaçant. 2038. — *Quid* s'il vient à décéder avant la fin de son mandat? 2035 à 2037. — Des cas où plusieurs

exécuteurs testamentaires ont été nommés. 2039. — Chacun peut agir individuellement au défaut des autres. 2040. — De la responsabilité des exécuteurs testamentaires. 2041. — V a-t-il solidarité? 2042. — Quid lorsque quelques-uns des exécuteurs nommés refusent? 2043. — Des frais faits pour l'exécution du mandat. 2044.

EXHÉRÉDATION. De l'exhérédation dans l'ancien droit. — Quid sous le Code? Voy. *Ancêtre*.

F

FAMIGLIARE. Voy. *Corps mortuus*.

FACULTÉ D'ÉLIRE. De la faculté d'être dans ses analogies avec la substitution prohibée. I, 154. — La faculté d'élire contenue dans un acte de libéralité est-elle valable? — Elle se lie à la question d'incapacité des personnes. — Exemples. 548 à 555.

FACILITÉ. L'enfant qui a fait faillite et concordé doit-il rapporter à la succession la créance telle qu'elle a été réduite par le concordat ou en totalité? — Distinction. I, 961, 962, 963. — La transcription pourrait-elle avoir lieu valablement dans les dix jours qui précèdent la faillite du donateur? 1128 à 1162.

FEMME MARIÉE. De la faculté de donner, dans la femme mariée et majeure. — Coup d'œil historique sur la capacité de la femme, en droit romain. I, 392. — Du droit coutumier. 393. — Le Code Napoléon exige l'autorisation spéciale du mari pour les dispositions entre-vifs. 443, 533, 594, 598. — Peut-elle, du consentement du mari, donner des effets de la communauté? 396. — Elle peut tester sans cette autorisation. 395. — Qui peut opposer le défaut d'autorisation maritale? 397.

De la capacité de la femme mariée pour recevoir par donation entre-vifs. — Nécessité de l'autorisation maritale. — Conséquences. Voyez *Acceptation*.

FEMME TÈTE. De son incapacité passive, en droit romain, de recevoir une libéralité testamentaire. — Vaeve qui se remarrait ou malversait dans l'an de deuil. — Différence de législation en France. — Capacité de la femme sous le Code. I, 563, II, 2300.

FIDUCIARIS. Voy. *Substitution*.

FIDÈLES de la doctrine chrétienne. Voy. *Corps mortuus*.

FORMES. Des formalités à suivre par les communes, les hospices et autres établissements légalement autorisés pour faire courir les fruits des choses léguées. I, 676 à 679. — Quels fruits entrent dans la masse à établir pour la fixation de la quotité disponible. 994. — Des fruits que le donataire doit restituer par suite de la révocation de la donation. 1018 à 1022. — Des droits du légataire universel quant aux fruits. II, 1799 à 1805. — De ceux du légataire à titre universel. 1835, 1856. — Quid quant au légataire particulier? — Voy. *Légitime*. — Des intérêts du reliquat du compte de l'exécuteur testamentaire. 2033.

H

HÉRÉDITAIRE. Coup d'œil sur les principes de droit romain en matière d'hérédité. Voyez *Saisine*.

Des institutions d'héritiers et des legs en général. Voy. *Institutions d'héritiers*.

HOSPICES. Voy. *Corps mortuus*.

HYPOTHÈQUE. Dans le cas de donation faite au mari par contrat de mariage, si les biens rentrent dans les mains du donateur en vertu de la stipulation du droit de retour, l'hypothèque de la femme ne s'évanouit point. I, 1280 à 1285. — La révocation pour cause d'ingratitude affranchit-elle les biens qui avaient été donnés des hypothèques constituées par le donataire? 1347. — De l'action hypothécaire qui compete au légataire pour obtenir la délivrance du legs universel. II, 1793, 1794. — Cette action doit-elle être exercée solidairement contre les héritiers? 1795. — L'hypothèque s'étend-elle aux biens propres de l'héritier? 1796. — L'exercice de l'action hypothécaire contre les tiers ne profite pas au légataire pour les fruits; il doit agir contre l'héritier. 1802. — De l'action hypothécaire à laquelle le légataire universel est soumis pour le paiement des dettes et charges. 1841. — De l'action hypothécaire accordée au légataire particulier. — Motif. 1927 à 1929. — De l'action hypothécaire à laquelle peut être soumis le légataire particulier pour le paiement des dettes. 1988, 1989. — Dans le cas de caducité prévu par l'art. 1089, la femme du donataire conserve-t-elle une hypothèque subsidiaire pour sa dot? 2496. — L'hypothèque, consentie par le testateur sur l'objet légué, n'est point considérée comme une aliénation révocatoire. 3101. — De celle consentie par l'époux donateur sur le bien donné à son conjoint. 2668 à 2670. — L'hypothèque légale de la femme peut-elle empêcher le mari d'user de bénéfice du droit commun, en ce qui concerne les biens formant l'objet d'une institution contractuelle faite par le mari à sa femme? 2543. — Quid, s'il y a donation de biens présents et à venir? 2544.

I

IMPUTATION. Voy. *Rapports*.

INCAPACITÉ. Voy. *Capacité*.

INGRATITUDE. L'ingratitude est une des causes qui rendent indignes de recevoir une libéralité. — Différence entre l'indigne et l'incapable. I, 575. — Droit romain. — De l'ingratitude au point de vue philosophique. 1304, 1306. — Nécessité d'une preuve parfaitement convaincante. 1307.

§ 1^{er}. De la révocation des donations entre-vifs pour cause d'ingratitude.

1^{re} Quelles causes y donnent lieu.

Attentat à la vie du donateur. 1308. Quid, si l'attentat est commis par le mari sur sa femme, prise en flagrant délit d'adultère? 1309.

Des services et délits envers le donateur. 1310.

De l'injure grave. 1311. — Quid si elle n'a été proférée qu'après le décès du donateur? 1312. — Quid du délit commis contre la propriété du donateur? 1313.

De refus d'aliments comme cas d'ingratitude. 1314 à 1317. — Quid, si les violences et faits délictueux ont été dirigés contre l'époux ou les enfants du donateur? 1316.

2^o Quelles donations sont sujettes à révocation pour cause d'ingratitude? 1318, 1320.

Quid des donations anténuptiales et des donations entre époux par contrat de mariage? 1348. — L'ancienne jurisprudence adoptait l'affirmative pour la donation entre époux. 1340 à 1351. II y avait controverse en ce qui concernait la donation anténuptiale faite par un

tiers. 1552. — Le Code n'admet la révocation qu'en ce qui concerne les donations entre époux. 1535 à 1536. — Arrêt de la cour de cassation revenant sur sa jurisprudence antérieure. — Réfutation de Dupin. 1537 à 1560. La séparation de corps fait-elle tomber la donation? 1561. — Est-il indispensable qu'elle soit prononcée pour que la révocation puisse être admise? 1562, 1563.

3^e De l'exercice de l'action en révocation pour ingratitude. — La révocation n'a pas lieu de plein droit. 1521. — Délai dans lequel elle doit être intentée. 1525, 1524, 1543. — De la remise formelle ou tacite de l'action. 1525 à 1527. — L'action n'appartient qu'au donateur contre le donataire; elle ne passe, ni à l'héritier, ni contre l'héritier. 1528. — Exception à cette règle en faveur des héritiers du donateur. — En quel cas. — Fixation des délais dans lesquels ils doivent agir. 1529 à 1534. — *Quid*, spécialement, dans le cas où il s'agit de l'action qui peuvent avoir la femme contre son mari, ou le mari contre sa femme. 1535 à 1543.

4^e Effets de la révocation pour cause d'ingratitude. — Pour quels motifs la loi a respecté les obligations et hypothèques dont la chose a été l'objet avant l'inscription de la demande, conformément à l'art. 938 du Code? 1544. — Obligations du donataire. 1545. — *Quid* quant aux fruits? 1546. — Doit-il indemniser le donateur des servitudes et hypothèques qu'il a imposées sur la chose? 1547.

§ 2. De la révocation, pour cause d'ingratitude, des dispositions testamentaires. I, 574, 581; II, 2193. — De la condamnation pour avoir donné la mort au défunt. 575. — De la dénomination capitale jugée colonienne. 576. — Du défaut de dénomination du mortuaire du défunt. 577, 578. — *Quid* des enfants de l'indigne? 579. — L'indigne du succéder immédiatement peut-il succéder par le moyen d'un tiers? 580. — *Quid* de la séparation de corps? II, 2197, 2198. — Des injures qui s'adressent à la mémoire du défunt. 2199, 2200. — *Quid* du fait d'avoir dérobé des objets de la succession? 2201. — A qui appartient le droit de demander la révocation? 2202. — Du délai pour exercer l'action. 2203, 2204. — *Quid* si le testateur avait pardonné? 2205.

INSTITUTION CONTRACTUELLE. § 1^{er}. Don de tout ou partie de la succession du donateur. — De son origine. — Le droit romain prohibait toute institution par contrat. II, 2343, 2344. — Droit moderne différent. 2345, 2346.

De la capacité nécessaire pour faire une institution contractuelle. — Du mineur. 2368 à 2370. — De la femme mariée. 2371.

Caractère de cette donation. 2347, 2348. — L'instituant conserve le droit d'aliéner à titre onéreux, même à fonds perdu, 2349 à 2351, — mais non à titre gratuit, sauf de légères exceptions. 2350. — De la réserve faite par l'instituant de disposer d'une chose comprise dans l'institution; des effets de cette réserve. 2351, 2352. — L'instituant peut-il renoncer à une prescription acquise? 2353. — L'institué ne peut aliéner son droit avant la mort de l'instituant, ni y renoncer. 2354, 2355. — Mais il peut répudier la succession après. — A qui profite la répudiation? 2356. — De la caducité de l'institution par le prédécès de l'institué. — De la substitution vulgaire au profit des enfants de l'institué. 2357. — L'institution contractuelle ne peut être étendue hors des cas pour lesquels elle a été introduite. — Exemples. 2358, 2359. — Elle n'est valable que si elle est faite au profit d'un futur époux et par le contrat de mariage. 2360. — De la clause d'association permise, dans l'ancien droit, non admise par le Code. 2361. — A qui profite la nullité de cette clause? 2362, 2363. — L'institution peut être universelle, à titre universel, à titre particulier. 2364. — De quelles dettes l'institué est-il tenu? 2365. — Il n'a pas de débiteur à demander. 2366. — Il ne peut pas diviser l'insti-

tution et s'en tenir aux biens présents. 2367. — La transcription n'est point exigée. 2368. — L'institution n'est point révocable pour cause d'ingratitude. 2372. — L'acceptation expresse n'est pas nécessaire. 2373. — Elle est révocable pour cause de survenance d'enfants. 2375. — De la promesse d'égalité. De sa validité, de ses effets. 2376 à 2381.

§ 2. De la donation universelle, cumulative, des biens présents et à venir. — Elle n'est admise qu'en contrat de mariage. 2380. — Quel est le caractère vrai de cette donation? — Historique en cette matière. — Quatre systèmes d'interprétation. — Leur déduction. — Examen de chacun d'eux. 2382 à 2396. — Du système adopté par le Code. — Le donataire peut, au décès du donateur, s'en tenir aux biens présents et renoncer au surplus des biens, 2397, 2398, — pourvu qu'il ait été annexé à la donation un état des dettes alors existantes. 2399. — Conséquence de ce système. 2400 à 2405.

Des effets de la donation après le mort du donateur. — Du cas où, l'état prescrit ayant été annexé, le donataire opte pour les biens présents. 2404. — Des dettes qui sont la charge des biens présents. 2405, 2406. — Que faut-il entendre par biens présents? 2407, 2408. — Des droits des enfants substitués à leur père donateur, 2409, 2410. — Du cas où le donataire accepte la donation universelle. 2411. — Doit-il respecter tous les actes du donateur, dettes et aliénations? 2412 à 2414. — Le donataire universel n'est tenu des dettes que intrinsecas. 2415 à 2418. — Faut-il, pour cela, qu'il ait fait inventaire? — Autorités pour et contre. 2419 à 2425. — Le donataire d'un quart n'est tenu que d'une part proportionnelle des dettes. 2426, 2427. — Le donataire universel n'est pas tenu de demander la délivrance. 2428, 2429. — Conséquence de la saisine du donataire. 2430. — Le même donataire ne peut, avant la mort du donateur, renoncer à la donation ou contracter sur les choses données. 2431. — S'il a accepté, après la mort du donateur, les biens à venir, peut-il les répudier pour s'en tenir aux biens présents? 2432, 2433. — Comparaison entre la donation universelle et l'institution contractuelle. 2434. — Il ne faut pas confondre avec la donation cumulative des biens présents et à venir celle qui contiendrait deux donations séparées, l'une des biens présents, l'autre des biens à venir. — Exemple. — Conséquences. 2435 à 2437. — Les parties peuvent modifier la donation de biens présents et à venir. 2438. — Qui peut faire une donation cumulative? Dans quel acte? 2439. — Au profit de qui peut-elle être faite? 2440. — De l'état des dettes à annexer. 2441 à 2443. — Un état des meubles n'est pas nécessaire. 2444.

§ 3. De la donation des biens à venir seulement. — Similitude avec l'institution contractuelle. — Elle peut aussi être faite par un tiers, en contrat de mariage. 2445.

§ 4. Des conditions imposées au donataire. — Donation par contrat de mariage. — Le principe donner et retenir ne vaut n'est point applicable aux donations dont il s'agit ici. — Coap d'œil sur les nombreuses dérogations admises par le Code. 2446. — L'article 1086 embrasse même les donations des biens présents. 2447. — De la condition de payer les dettes et charges de la succession du donateur. 2448. — Le donataire peut s'exonérer en abandonnant les biens, même après s'être immiscé. 2449 à 2452. — Des conditions potestatives de la part du donateur, de la condition d'exécuter le testament du donateur. 2453. — Du dou d'une somme à prendre sur des immeubles déterminés. 2454. — D'une chose donnée sous la condition: Si j'en deviens propriétaire ou si elle se trouve dans ma succession. 2455. — De la réserve de disposer de tout ou partie des biens donnés. — Distinctions. — Sens, portée et limites de cette clause. 2456 à 2463. — *Quid* sur la dévolution de la chose si le donateur n'a pas usé de la réserve? 2460. — Question transitoire. — Une loi nouvelle, augmentant la légitime, est-elle applicable

à la valeur dont le donateur s'est réservé la disposition? 2467, 2468.

§ 5. De la caducité des donations faites aux époux en faveur du mariage.

Voy. *Caducité*, § 3.

§ 6. De la réduction des mêmes donations lorsqu'elles excèdent la quotité disponible. 2500. — Ancien droit. 2501 à 2505. — Le Code résume et généralise les dispositions de l'ancien droit. 2504. — C'est dans l'ordre des dates que se fait la réduction. 2505 à 2507. — Exceptions à cette règle. 2507 à 2509. — *Quid* quand le donataire de biens présents et à venir a opté pour les biens présents? 2510. — Des donataires sous une condition potestative ou à la charge de payer les dettes du donateur. 2511. — *Quid* de la donation sous réserve de la faculté de disposer d'un objet? — La donation faite en vertu de la réserve est-elle préférable? 2512 à 2514

INSTITUTION D'HÉRITIERS et des legs en général.

— Peu importe aujourd'hui l'adénomination sous laquelle sont faites les dispositions testamentaires. — La volonté du disposant doit dominer. II. 1733. — Examen de la jurisprudence romaine sur les institutions d'héritiers 1754 à 1760. — Des legs en droit romain. 1761. — Ancienne législation française en cette matière. — Différence entre le système coutumier et le droit romain. 1762 1765. — Système mixte adopté par le Code. 1764, 1765. — Toute institution d'héritier, tout legs, en quelques termes qu'ils soient faits, sont considérés par le Code, sous le rapport de l'étendue, ou comme legs universel; Voy. *Legs universel*; ou comme legs à titre universel; Voy. *Legs à titre universel*; ou comme legs particulier. Voy. *Legs particulier*.

INTÉRÊTS. Voy. *Fruits*.

INTERPOSITION. De l'interposition de personne pour dissimuler une donation. I. 700. — A qui profite la disposition frauduleuse? 701. — Circonstances qui caractérisent l'interposition. 702. — Comment peut s'établir la preuve du fidéicommiss tacite? 703, 704. — Présomptions légales d'interposition. 705 à 710. — *Quid* si la personne frappée d'incapacité à l'époque de la disposition a recouvré la capacité au moment où la disposition produit son effet? 711, 712, 715. — *Quid* s'il s'agit d'une disposition entre-vifs et que l'incapacité survienne au moment de l'acceptation? 714. — *Quid* si, au même moment, la présomption d'interposition a disparu? 715, 716. — Si l'incapable est décédé, il n'y a plus présomption d'interposition. 717. — L'énumération faite par l'art. 911 des personnes légalement présumées interposées est de droit étroit. 718. — Mais elle ne s'applique qu'aux incapacités relatives. 724. — En dehors des prescriptions légales, le juge peut rechercher dans toutes les circonstances de la cause la preuve de la fraude. 719, 720. — Du reste, les prohibitions de l'art. 911 sont générales et ne souffrent aucun tempérament. — Exemples, 721, 722. — De la parenté résultant de l'adoption. 723. — L'art. 911 atténue ainsi les dons manuels. 725.

Des donations indirectes entre époux par interposition de personne. — De la présomption légale d'interposition. II. 2753 à 2755. — Elle n'est point applicable lorsqu'il est impossible que l'époux profite de la donation. 2755. — En dehors de la présomption légale, la preuve de l'interposition doit être rapportée. 2756. — L'enfant naturel est présumé personne interposée comme l'enfant légitime. 2754.

J

JACUITÉ. Voy. *Corpus moruos*.

L

LÉGITIME. Voy. *Réserve*. — *Quotité disponible*.

LEGS À TITRE UNIVERSEL. Caractère du legs à titre universel. — En quoi il diffère du legs universel. — II. 1846, 1847. — En quoi il diffère du legs particulier. — Exemples. 1849. — Sens des mots meubles, mobilier, biens meubles employés dans les testaments. 1850. — La question d'étendue du legs est plus souvent une question de fait. 1851. — Le legs d'usufruit de tous les biens est ou legs à titre universel. 1848.

Demande en délivrance. Le légataire à titre universel y est toujours assujéti, 1852. — même envers les successions irrégulières, 1853. — même au cas où la succession est vacante. 1854. — Il a droit aux fruits qu'à partir du jour de la demande, à moins que le testateur n'en ait autrement ordonné. 1855, 1856.

Du paiement des dettes. Voy. *Dettes et charges*.

LEGS PARTICULIER. — Définition II. 1869. — Sur quelles choses il peut porter. 1870. — De quel jour naît le droit du légataire? 1871. — Principes du droit romain sur l'échéance du legs. — De la caducité résultant du défiant d'addition de la surcession par l'héritier 1872. — Principes du Code. — *Quid* si le legs est à terme ou conditionnel? 1873, 1875. — De ce qui concerne l'échéance des legs d'usufruit et de servitude personnelle. 1874, 1875. — Les fruits ne courent au profit du légataire qu'à partir du jour de la demande en délivrance. 1876, 1877. — Exceptions à cette règle 1878 à 1880 et 1887, 1888. — Le Code n'admet pas l'exemption quant aux legs faits aux mineurs ou pour œuvre pie 1881. — *Quid* lorsque l'héritier a dissimulé aux légataires des dispositions qui les concernaient? 1882. — Du cas où il y n eu paiement d'une partie du legs. 1885.

Observations sur les legs d'aliments; — de la chose d'autrui; — d'une chose indéterminée; — de la chose commune. — Du legs d'option. — Du legs alternatif. — Du legs fait par le testateur à son créancier. — De la reconnaissance de dette. — Du legs de libération. Voy. *Délivrance*.

Du legs d'usufruit à titre particulier. Voy. *Usufruit*. — Du legs d'usage et d'habitation 1914, 1915.

Des frais de la demande en délivrance et de ceux d'enregistrement et de mutation. 1916 à 1919.

LEGS UNIVERSEL. § 1^{er}. Définition du legs universel. — Circonstances qui le caractérisent. — Sa définition. — Elle comprend deux points distincts : les personnes et les choses. II. 1767. — Différence entre le legs universel fait à plusieurs avec le legs de quotité contenant attribution de parts. 1768. — On ne doit pas cependant attacher aux formules un sens trop littéral; c'est la pensée du testateur qu'il faut surtout considérer. — Exemples. 1769 à 1773, 1775. — Sens du mot université. — Différence entre l'universalité et la totalité. 1774. — Le legs universel doit contenir même les droits éventuels et à venir. 1775. — Du droit légitimaire pour faire rapporter une chose à la masse héréditaire. 1776. — C'est au légataire universel et non au légataire rempli qu'il appartient de demander la nullité d'un legs particulier. 1777. — *À fortiori* il se trouve en présence d'héritiers non réservataires 1778 à 1780. Le legs universel attire à lui toutes les caducités et nullités, à moins que le testateur n'en ait ordonné différemment. 1781. — Ce qu'il faut principalement examiner pour vérifier si un legs est universel ou à titre universel. 1782. — Exemples. — Legs du surplus après un legs soit particulier, soit de quotité, soit à titre universel n'étant pas de quotité. 1783 à 1785. — Cas dans lesquels la disposition a en réalité un caractère différent de celui

que semblent indiquer les apparences extérieures. 1786 à 1788. — Corrétaire du legs de l'usufruit de la totalité des biens. 1848. — C'est à l'ensemble des dispositions que l'on reconnaît le caractère du legs. 1790.

§ 2. Des actions qui compètent au légataire pour obtenir la délivrance. — Du droit romain. II, 1795. — Des actions personnelles, réelle et hypothécaire accordées par le Code. 1794. — L'action hypothécaire peut-elle être exercée solidairement contre chacun des héritiers? 1795. — Cette hypothèque s'étend-elle aux propres de l'héritier? 1796. — Le légataire universel qui demande la délivrance peut-il procéder *de plano* par voie de saisie et exécution? 1797. — Procédure de l'action en délivrance. 1798. — *Quid* lorsque le testament est olographe ou mystique? 1816 à 1821.

§ 3. De l'envoi en possession. Le légataire universel en vertu d'un testament olographe ou mystique est tenu de se faire envoyer en possession lorsqu'il n'existe pas de réservataire. 1822. — Ancien droit. 1825, 1824. — En quoi la requête de mise en possession diffère de la demande en délivrance. 1825. — De l'opposition des héritiers au testament à l'envoi en possession. 1826. — Le préjudice peut-il, même d'office, refuser de l'ordonner? — Distinctions. — Hypothèses diverses. 1827 à 1833. — Des mesures conservatoires que peut prendre l'héritier. 1834.

§ 4. De la jouissance des biens légués. — Le légataire universel a droit à cette jouissance à compter du décès. — Pourquoi? 1799. — Conditions auxquelles il est soumis pour jouir de ce droit. 1800 à 1802. — Cas dans lesquels la demande en délivrance n'est point nécessaire. — Délivrance tacite. 1803, 1804.

§ 5. Du paiement des dettes et des legs. Voy. *Dettes et charges*.

LÉLIBÉRATION. Legs de libération. Voy. *Legs à titre particulier*.

M

MAJORAT. Institution des majorats par le sénatus-consulte du 14 août 1806 et le décret du 1^{er} mars 1808. Elle consacre une exception à l'abolition des substitutions. Pensée de Napoléon en instituant une noblesse impériale. Observation sur cette institution. I, 169. — Modifications apportées à l'étendue des majorats par la loi du 12 mai 1835. 170.

MARIAGE. Des conditions qui touchent à la liberté de se marier. Voy. *Conditions*.

Des libéralités à cause de mariage. Voy. *Femme mariée*. — *Donations anténuptiales*. — *Donations entre époux*.

MÉDECIN. Notifs qui ont déterminé le législateur à déclarer les médecins et pharmaciens incapables de recevoir dans les cas prévus par l'art. 909. I, 635, 636. — Il faut que la libéralité ait été faite et les soins donnés dans le cours de la maladie à laquelle a succédé le disposant. 644. — *Quid* s'il ne s'agit que d'un état valétudinaire? 646. — *Quid* de la simple livraison de remèdes par un pharmacien? 645. — Des empiriques et autres individus qui s'ingèrent sans mission dans l'art de guérir. 647. — Les gardes-malades et les sages-femmes ne sont l'objet d'aucune incapacité. 648.

Exceptions à la règle.

1^o Dans le cas d'un legs rémunératoire particulier pour services rendus pendant la dernière maladie. 637, 639. — *Quid* si le legs rémunératoire était à titre universel? 638. — Des rapports étroits d'omission pourraient-ils écarter la qualité de médecin et justifier le legs? 640.

2^o Exception résultant de la parenté. Dans quelles limites? 641. — Il n'existe point d'incapacité entre époux.

642. — *Quid* de la libéralité faite par contrat de mariage au médecin par sa maladie qui l'épouse durant sa dernière maladie? 645.

MINISTRE DU CULTE. De leur incapacité relative de recevoir, par donation entre-vifs ou par testament, du malade qu'ils ont assisté pendant sa dernière maladie. L'art. 909 les assimile aux médecins. I, 649. — Cette disposition ne s'applique pas seulement au confesseur. 650. — Elle atteint le ministre protestant qui assiste un malade dans sa dernière maladie. 651. — Un acte isolé, tel que l'extrême-onction, ne constituerait pas l'incapacité. 652. — Le prêtre qui assiste le testateur peut être nommé exécuteur testamentaire, pourvu que le mandat ne déguise pas une libéralité. 653, 654. — *Quid* si la libéralité était adressée plutôt à l'église qu'un ministre du culte? 909. — *Quid* s'il y avait interposition de personne? — Voy. *Interposition*.

MINORITÉ. § 1^{er}. De la capacité du mineur de disposer par donation entre-vifs et par testament. De l'incapacité du fils de famille en droit romain. *Quid* sous le Code? I, 551. — A quel âge était-il permis un mineur de tester à Rome? 585. — Dans l'ancien droit français? 584. — D'après le Code, le mineur de moins de seize ans ne peut aucunement disposer, même pendant le mariage. Seule exception au cas de donation faite par le mineur qui se marie. 585, 586, 587, et II, 2569, 2570, 2622 à 2631. — Le mineur âgé de seize ans ne peut disposer que par testament et seulement de la moitié disponible de ses biens. I, 588, 586. — Peu importe qu'il soit émancipé. 590. — La renonciation des ascendants à la succession changerait-elle quelque chose à la quotité dont le mineur aurait pu disposer? 624. — *Quid* de la disposition testamentaire qui excéderait la quotité dont il est permis un mineur de disposer? 591. — Interdiction au mineur de disposer en faveur de son tuteur dont le compte de tutelle n'a pas été rendu et apuré. Exception en faveur des ascendants. 618, 619. — La nullité de la disposition ne serait pas couverte par un règlement de compte postérieur à la majorité. 620. — *Quid* de la disposition en faveur du tuteur qui a cessé de l'être avant la majorité de son pupille et qui a rendu ses comptes? 621. — Il n'est pas besoin que le reliquat du compte soit payé. 622. — La prescription équivaudrait à l'apurement. 625. — La prohibition ne peut être étendue à d'autres qu'aux tuteurs. — *Quid* du subrogé tuteur qui se serait rendu tuteur de fait? 642. — *Quid* du second mari de la veuve qui se remarie? 625. — Le second mari de l'épouse qui convole et qui est devenu coauteur ne peut se mettre sur la ligne d'un ascendant. 626. — Le testateur qui laisse des héritiers mineurs peut-il ordonner par forme de condition que les biens forment la portion disponible et qu'il donne aux mineurs seront vendus, sans formalités de justice, pour payer les dettes? I, 570.

§ 2. De l'acceptation des donations faites aux mineurs et des recours du mineur contre son tuteur pour défaut d'acceptation. Voy. *Acceptation*.

MODE. Le mode ajouté aux actes à titre gratuit est une loi qui oblige le gratifié à faire ou à donner quelque chose après qu'il aura reçu la libéralité. I, 352. — Caractères du mode. 353, 356, et 363 à 368. — Les conditions potestatives négatives sont de véritables modes. 353. — Dans le doute, la disposition doit être considérée comme mode plutôt que comme conditionnelle. 354. — Elle peut être exécutée par équivalents. 356. — Le mode est remis accompli lorsqu'il ne tient pas au légataire grevé de l'accomplir. 357. — *Quid* dans les dispositions entre-vifs? 358. — Effets produits par le mode. 359, 360. — Conséquences du défaut d'accomplissement. 361. — Peut-il être accompli par l'héritier du légataire décodé avant l'accomplissement? 362. — Observations sur le sens de

certaines mots et certaines formules employés pour exprimer le mode. Voy. *Constitutions*, § 9.

MONOMANIE. Voy. *Aliénation mentale*.

MORT CIVILE et condamnations criminelles.

La loi du 31 mai 1854, en abolissant la mort civile, a maintenu l'incapacité absolue du condamné à des peines afflictives et infamantes perpétuelles en ce qui concerne le droit de disposer, ou de recevoir par donation, ou par testament. 1, 511, 542. — Mais il n'est pas incapable de succéder ab intestat; il a droit par conséquent à une réserve, et fait nombre pour la fixation de la quotité disponible. 794, et l'erreur à la fin de la préface. — Il a la faculté de faire des actes de commerce. 512, 513, 514. — Pourrait-il recevoir des dons manuels excédant les aliments? 545.

Avant le Code, le mort civil pouvait-il donner entre-vifs? 515. — Droit romain. 516 à 521. — Ancienne jurisprudence. 522. — *Quid d'une donation à cause de noces?* 523.

L'incapacité du mort civil pour tester n'était point douteuse en droit romain. 524. — Doit-on assimiler au condamné à une peine afflictive perpétuelle le condamné à une peine afflictive et infamante temporaire? 525.

En France, les moines étaient considérés, avant la révolution, comme morts civilement. — Il n'en est plus ainsi. 528, 564. — Peut-on donner en France, par testament ou par donation, à un religieux étranger, mort civilement d'après la loi de son pays? 566.

O

OPTION. Legs d'option. II, 1960 à 1967 et 2049. — Voy. *Legs particulier et Délivrance*.

P

PARTAGE D'ASCENDANT. Ent et utilité du partage d'ascendant. — Ce qui le distingue de la démission de biens. II, 2285. — Origine historique. — Droit romain. 2284. — Droit coutumier. 2285, 2286. — La quotité disponible peut être donnée à l'un des enfants par préciput. 2287. — Ce partage se fait par donation ou par testament. 2298, 2308. — Il imite, dans une certaine mesure, la succession naturelle. 2299. — De véritable caractère du partage inter vivos. — *Quid du partage fait entre-vifs?* 2309, 2301. — *Quid du partage fait par testament?* 2302. — La représentation est admise sans pour le préciput. 2303. — Le père doit-il suivre les règles d'un partage ordinaire? 2304. — L'enfant qui accepte un lot du vivant de son père est-il recevable, après la mort de celui-ci, à contester l'équitable composition de ce lot? 2306. — De la clause par laquelle le père donne par préciput ce qui se trouve dans un lot de plus que dans un autre. 2306.

Des effets du partage d'ascendant. 2307. — Il change de nature et d'effet suivant qu'il est fait dans la forme testamentaire ou dans la forme de donation entre-vifs. 2308. — Conséquences quant à la révocabilité et aux biens que peut comprendre le partage. 2309, — et à la dévolution des dettes. 2310 à 2312. — Du compte que le père doit tenir des dons qu'il a déjà faits à ses enfants, soit par préciput, soit en annexion d'hérédité. 2313. — De la promesse d'égalité qu'il aurait faite à l'un de ses enfants. 2314.

Le partage peut ne comprendre qu'une partie des biens. 2315. — *Quid*, alors, des biens restés au dehors et des acquisitions nouvelles? 2316.

De la nullité du partage pour cause de prétrition. De l'action de l'enfant omis. 2317. — *Quid* si l'un des enfants apportionnés précède son père? — Distinction. 2318 à 2321. — La survenance d'enfant donne lieu à un nouveau partage. 2322. — Mais le partage subsiste si l'enfant survenu précède son père. 2323. — *Quid* de l'omission d'un enfant naturel? 2324. — Prescription de l'action en nullité pour omission. 2325.

De l'action en lésion. De la rescision pour excès de la quotité disponible dans le don préciputaire fait à l'un des enfants. — De la rescision pour lésion de plus du quart dans le partage. — *Quid* lorsque l'un des enfants a reçu et la portion disponible par préciput et dans le partage un lot plus fort que les autres? 2326, 2327. — De la lésion de plus du quart. 2328, 2329. — La nullité du partage entraîne-t-elle la nullité du don fait par préciput? 2330. De la prescription de l'action en lésion de plus du quart. 2331. — De la prescription de l'action pour excès de la quotité disponible. 2332, 2333. — De la prescription de l'action en nullité pour composition vicieuse des lots. 2334, 2335. — La réception du lotissement, dans le cas de partage entre-vifs, n'est pas une fin de non-recevoir contre l'enfant lésé. 2336. — Le défendeur à l'action en rescision pour lésion ou pour excès du disponible peut l'arrêter au préalable le défendeur. 2337. — Comment s'apprécie la lésion lorsque le père a fait plusieurs partages successifs? 2338. — *Quid* des frais et dépens de l'action en rescision? 2339.

PRÉCIPUT. Voy. *Médiane*.

PRÉCIPUT. Importance domestique et politique de l'art. 913. I, 877. — Nombreuses diversités sur ce point dans le droit coutumier. 878. — De la dispense de rapport en droit romain. 879. — Discussion au conseil d'État. 880. — Le rapport est la règle, le préciput l'exception. 881. — Les expressions *par préciput* et *hors part* ou sont point sacramentelles. 882. — Un legs universel fait par un père à l'un de ses enfants a-t-il la même énergie qu'un legs avec dispense de rapport? 883. — De la donation déguisée sous la forme de contrat à titre onéreux. 884. — Spécialement, des aliénations au profit de l'héritier en ligne directe, à charge de rente viagère, ou à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit. Voy. *Rapport*. — Le préciput peut résulter d'un acte postérieur à la donation. 885. — Des circonstances postérieures peuvent décider du préciput. 886. — *Quid* si l'héritier donataire renonce à la succession? Résumé. 887. — Si le don fait avec dispense de rapport excède la quotité disponible, l'excédant se rapporte à la masse. 888. — L'enfant qui aurait reçu un don excessif pourrait-il, en renonçant, retenir le don par le cumul de la réserve et de la quotité disponible? 786 à 795. — De l'effet de la réserve faite par le donateur de disposer du surplus de ses biens. — Distinction. 890, 891. — Du préciput donné à l'un des enfants dans un partage d'ascendant. Voy. *Partage d'ascendant*.

PRESCRIPTION. La prescription acquise par le meurtrier contre la condamnation ne le relevait pas de son indignité. I, 576. — Prescription de l'action en réduction. 941, 942. — *Quid* à l'égard des tiers détenteurs des biens rapportables? 1033 à 1035. — La renonciation à une prescription acquise est exempte des formalités de la donation. 1079. — Durée de l'action en nullité de donation pour vice de forme. 1086. — Durée de l'action en restitution des objets mobiliers donnés, lorsqu'il n'y a point eu d'état estimatif. 1258. — De la prescription de l'action en résolution de donation pour cause d'ingratitude. 1303, 1323, 1324, 1332. — De la prescription de l'action en révocation de la donation pour cause de survenance d'enfant. 1421 à 1427. — De l'action en révocation d'un legs pour cause d'ingratitude ou d'hostilité. II,

2303, 2304. — De l'action en rescision d'un partage d'ascendant pour cause de lésion de plus d'un quart. 2331. — De l'action pour excès de la quotité disponible. 2332, 2333. — De l'action en nullité pour composition vicieuse de lots. 2334 à 2336. — L'instituant, dans le cas de l'art. 1092, peut-il renoncer à une prescription acquise? 2335.

Q

QUOTITÉ DISPONIBLE. La quotité disponible est ce dont il est permis de disposer, réduction faite de la réserve faite par la loi. — La quotité disponible par donation est la même que par testament. — Différence avec le droit ancien. 1, 31 à 33. Voyez *Recueil*.

§ 1^{er}. En faveur de qui le père de famille peut-il disposer de la quotité disponible et dans quelle forme? Voy. *Prélim.*

§ 2. Mode de déterminer la quotité disponible. Voy. *Réduction*, § 4.

§ 3. De certaines dispositions excédant la quotité disponible.

1^o. De la disposition d'un usufruit ou d'une rente viagère.

Difficultés de l'ancien droit. 1, 832. Droit d'option que donne aux réservataires l'article 917 d'écarter la disposition ou d'abandonner la quotité disponible. 833. — Le réservataire qui veut user de ce droit doit-il prouver qu'il eût été sujet de se plaindre de la libéralité asfructuée? 834 à 839. — *Quid* s'il y a plusieurs réservataires d'avis contraires? 840. — *Quid* s'il s'agit d'un legs d'usage et d'habitation? 841. — Le légataire à titre particulier d'usufruit ne devient pas, par l'abandon de la quotité disponible, successeur à titre universel. — Conséquences. 842, 843. — Le droit d'option n'appartient pas aux collatéraux. 844. — *Quid* lorsque le réservataire a consenti, en connaissance de cause, à la délivrance du legs? 845.

2^o. Des biens aliénés soit à charge d'usufruit, soit à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit, à l'un des ascendants en ligne directe (article 918). Voy. *Rapports*.

§ 4. De la quotité disponible spéciale au conjoint.

Notifs de sa détermination. II, 2353. — Si la quotité est dépassée, il y a seulement lien à réduction. 2354. — Du cas où le donataire n'a point de réservataire. 2355. — Du cas où il laisse des ascendants pour héritiers. 2356. — Un legs universel ou un don du disponible embrasse l'usufruit de la réserve, sans clause expresse. 2357, 2358. — Du cas où le donateur laisse des descendants. — L'article 1094 fixe un maximum qui ne peut être dépassé lors même qu'il n'y aurait qu'un enfant. 2359 à 2366. — De quoi se compose cette quotité disponible. 2367, 2368. — Comment se réduit le don de l'usufruit de tous les biens 2369, 2370. — De l'application de l'article 917 à cette matière. 2371, 2372. — Comment se réduit le don d'une rente viagère? 2373, 2374. — Du don ou legs de tout ce dont on peut disposer. 2375. — L'époux donataire d'un usufruit peut-il être dispensé de donner caution? 2376 à 2378? — Que décider de la dispense de faire inventaire? 2379. — Du conflit de donations imposables sur les deux quotités disponibles des articles 913 et suivantes du Code et de l'article 1094. 2380. — Ces deux quotités ne peuvent se cumuler. 2381, 2382. — De la combinaison des deux quotités. — Division de la question. 2383. — Du cas où la quotité ordinaire est plus considérable que la quotité spéciale au conjoint. 2384 à 2389. — Du cas inverse. 2390 à 2395. — Combinaison des deux quotités dans cette dernière hypothèse. — Trois cas à considérer. 2396 à 2404. — Comment s'évalue un don en usufruit? 2405 à 2411. — Que décider si l'usufruitier meurt avant l'évaluation de son droit? 2412. — De l'ordre à suivre

dans la réduction quand il y a excès dans la donation. 2413. — Comment procéder quand les libéralités sont faites par testament? 2414 à 2418. — Si l'époux gratifié renonce à son gain de survie, qui est-ce qui en profite? — Distinctions. 2419, 2420.

Du cas où le conjoint est mineur. Le mineur, assisté de ceux dont le consentement est requis pour la validité du mariage, est assimilé au majeur. 2421 à 2425. — De la forme du consentement et de sa constatation. 2426 à 2431. — Le mineur reste dans le droit commun s'il gratifie son conjoint durant le mariage ou toute autre personne. 2432.

Du cas où le conjoint donateur a des enfants d'un premier lit.

Droit romain. 2496. — Édits des secondes noces. 2497. — Le disponible est réduit par le Code à la part d'enfant légitime le moins prenant, sans qu'en aucun cas les donations puissent excéder le quart des biens. 2498, 2499, 2504. — Cette disposition s'applique seulement aux donations faites à cause de mariage. 2511. — Les enfants naturels légitimes comptent-ils? 2500. — *Quid* des enfants adoptifs? 2501. — Il faut que les enfants existent au décès de l'époux remarié. 2502. — De la reconnaissance et de l'indignité de l'enfant du premier lit. 2503. — Comment se calcule la part d'enfant? 2505. — Comment se répartit la partie retranchée entre les enfants et l'époux donataire, quand la donation est d'une valeur déterminée et excédente? 2506, 2507. — Du cas où des étrangers ont été gratifiés en même temps que le femme du second lit. 2508, 2509. — Du cas où l'époux remarié a fait des libéralités à ses enfants et à son second conjoint. — Conséquence quant au rapport des avances de dot. 2510 à 2512. — La part d'enfant se calcule-t-elle sur ce qu'un enfant recueille en fait ou sur ce qu'il a droit de recueillir? 2513. — La reconnaissance d'un enfant infuse-t-elle sur ce calcul? 2514. — De l'indignité d'un enfant. 2515, 2516. — Du cas où les enfants sont précédés et ont même des descendants. 2517, 2518. — *Quid* d'une donation de part d'enfant, lorsque le donateur ne laisse pas d'enfant? 2519. — Les conjoints d'un second ou subéquent mariage ne peuvent recevoir autre chose que ce qu'une part d'enfant. 2520. — Qu'est-ce qu'un impaire sur le disponible déterminé par l'article 1098? 2521.

De l'action en réduction. A qui appartient-elle et profite-t-elle? 2523, 2524. — L'indigne ne saurait l'exercer. 2525. — Elle s'ouvre sur décès. 2526. — Ce qui est retranché à l'époux du second lit profite aux enfants indépendamment de leur réserve. 2527 à 2529. — Du cas où le testateur lui-même a voulu la réduction. 2530. — L'article 217 est-il applicable à cette matière? 2531, 2532. — Nature de l'action en réduction. 2533. — Elle passe aux héritiers et peut être exercée par les créanciers. 2534. — De l'estimation des biens pour fixer la quotité disponible. 2535. — Caractère de la donation d'une part d'enfant. 2536. — De la caducité par le prédécès du donataire. 2537. — Les enfants ne peuvent être substitués à leur parent donataire. 2538.

R

RAPPORTS des aliénations faites au profit d'un héritier en ligne directe par l'auteur commun à charge de rente viagère ou à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit (art. 918). — Elles sont considérées comme libéralités déguisées et imposables d'abord sur la quotité disponible et l'excédant rapporté à la masse. 1, 850. — But de cette disposition. 846. — Droit ancien. 847. — Loi de nivôse an II abrogée par celle du 4 germinal an III. 848. — Combinaison de ces diverses lois dans le Code. 849. — Exception lorsque les successibles ont consenti à l'aliénation. 851, 852, 855, 856. — Sens du mot successibles. 853, 854.

— *Quid des héritiers et de l'époux du successible?* 874, 875. — *Quid si l'aliénation est faite au profit d'une personne qui ne devient successible que postérieurement?* 876. — La question d'imputation ou de rapport ne peut être agitée à l'égard des successibles en ligne collatérale. 869. — Caractère des contrats auxquels la loi attache une présomption de fraude. 837, 839. — *Quid de la stipulation d'une rente perpétuelle pour abandon d'un bien?* 808. — *Quid si la rente viagère est stipulée au profit d'un tiers?* 860. — Des cas où la réserve de l'usufruit au profit du père n'est que partielle. 861. — Il y a dispense implicite de rapport dans les trois espèces de contrats énoncés dans l'art. 918. 862, 863. — Les autres contrats restent soumis au droit commun. — Exemples. 864, 866, 867. — *Quid des ventes à fonds perdu, à rente viagère ou avec réserve d'usufruit faites par un fils à son père?* 868. — A quelle époque doit être appréciée la valeur de l'immeuble? 870. — Le rapport n'est que de la valeur. — Conséquence. 871, 872. — Quelles sommes peut répéter le successible soumis à l'imputation. 873. — Des rapports à faire par les successibles à la masse. *Voy. Réduction, § 4.* Les dons manuels sont-ils réputés faits avec dispense de rapport? 865.

RECONNAISSANCE DU DETTEUR. Des reconnaissances de dettes contenues dans un testament. — Sont-elles révocables? 11, 2054. — Cette reconnaissance peut-elle servir de commencement de preuve par écrit si le testament est révoqué? 2061. — La déclaration par testament qu'une dette a été payée est-elle révocable? 2063.

RÉDUCTION. Réduction des dons et legs excédant la quotité disponible.

§ 1^{er}. Quels actes et dispositions sont susceptibles d'être attaqués par l'action en réduction.

Ancien droit. 1, 892. — Différence entre la réduction et le rapport. 894. — Toutes les donations y sont sujettes, ainsi que les aliénations à titre onéreux qui dissimulent une donation. 894, 896. — *Quid des dons rémunératoires et de ceux avec charge?* 896, 897. — Du legs causé pour restitution. 898. — Des donations pour cause de dot. 899. — De la dot pour entrer en religion. 900. — Des donations dont il est question aux art. 1496 et 1527 du Code. 901, 902. — De la réduction en matière d'institution contractuelle. *Voy. Institution contractuelle, § 6.*

De la réduction en matière de donation entre époux. *Voy. Donation entre époux.*

Des questions transitoires relatives aux changements de la quotité disponible. 904, 905. — C'est à l'enfant qui attaque à prouver qu'il y a excès. 907.

Époque de l'ouverture de l'action en réduction. 903.

§ 2. Par qui peut être demandée la réduction. 908. — Les créanciers du *de cuius* ne peuvent ni la demander, ni en profiter. 912. — Non plus que les donataires et légataires. 913. — Conséquence en ce qui concerne les créanciers de la succession qui prétendraient exercer un recours sur la chose retranchée ou contre le réservataire demandeur en réduction. *Voy. infra, § 7.* — De l'action en réduction exercée par les ayants cause du réservataire. 930. — Du droit de l'enfant naturel reconnu. 931. — De l'enfant légitimé ou adopté. 933.

Fins de non-recevoir opposables à l'enfant qui demande la réduction. — *Quid de l'action présumée?* 934, 935. — La renonciation à la succession doit-elle être considérée comme renonciation à la légitime? 936. — *Quid de l'exécution des donations?* 937. — De la réception d'un legs. 938. — Le réservataire peut-il à l'égard du légataire universel cumuler les qualités de réservataire et de légataire? 937. — *Quid de l'héritier qui s'est mis en possession sans inventaire?* 940. — De la prescription. 941, 942.

§ 3. Contre qui peut être demandée la réduction? — Exceptions du tiers détenteur. — L'action peut être dirigée non-seulement contre les donataires directs, mais

encore contre les tiers détenteurs. 1, 1027. — L'action contre les tiers détenteurs n'est recevable qu'après discussion des biens des donataires. 1028 à 1030. — Le tiers acquéreur peut offrir au légataire une somme d'argent au lieu du corps héréditaire. 1031. — De l'ordre que le légataire est tenu d'observer dans la discussion. 1032. — Le tiers détenteur ne peut invoquer que la prescription de trente ans à partir du décès du donateur. 1033, 1034. — *Quid si le donataire n'avait vendu la chose donnée que depuis le décès du donateur?* 1035.

§ 4. Mode de détermination de la réduction des donations excessives. — Fixation de la quotité disponible.

La quotité disponible est corrélatrice à la masse existante au jour de l'ouverture de la succession. 1, 943. — L'art. 922 détermine la quotité disponible aussi bien en faveur de l'étranger donataire ou légataire qu'en faveur des réservataires. 978.

1^{re} opération. Réunion fictive de tous les biens donnés après déduction des dettes. 944 à 946.

2^e opération. Composition de la masse active. 947. — Des créances. 948 à 951. — La chose frappée d'un droit de retour au profit de l'ascendant donateur doit-elle être comprise dans la masse de la succession du fils? — Distinction. 952, 953. — Quels fruits entrent dans la masse. 954. — Estimation de la valeur de la masse active. 955.

3^e opération. De la masse passive. — La réserve de l'enfant naturel n'y doit pas figurer. 957. — Rapport fictif des donations et des dots. 958 à 960. — *Quid si le fils, en rapport d'affaires avec son père, a fait faillite et obtenu sa concordat?* 962, 963. — *Quid à l'égard des biens survenus après un partage anticipé?* 964 à 967. — Estimation des biens donnés, d'après leur valeur au moment du décès. 968. — Conséquences quant aux améliorations et aux détériorations. 969 à 977. — *Quid si des avances d'hoirie ont été faites à quelques-uns des enfants et si la quotité disponible a été léguée à un autre enfant, celui-ci pourra-t-il exiger le rapport des donations en avancement d'hoirie?* 979 à 987. — De l'imputation dans le cas où les dons en avancement d'hoirie excèdent la quotité disponible. 988, 989. — *Quid si le légataire de la quotité disponible est un étranger?* 990. — *Quid de l'enfant donataire qui recongne?* 991, 992.

§ 5. Ordre dans lequel les libéralités doivent être réduites.

1^{re} Les dispositions testamentaires. 935. — La réduction s'opère par contribution. 1013. — Le Code ne distingue pas entre les legs universels et les legs particuliers. 1013. — Lorsque la valeur des donations entre-vifs absorbe la quotité disponible, toutes les dispositions testamentaires sont caduques. 1011. — Pourvu toutefois que ces donations constituent un emploi de la portion disponible. 1012. — Comment se calcule la réserve et se prennent les legs sur la succession? 909.

2^e Les donations entre-vifs. — Difficultés, dans l'ancien droit, sur la question de savoir si la réduction devait avoir lieu par contribution. — Le Code veut que le retranchement frappe les plus récentes. 995. — *Quid si la chose, objet de la plus récente donation, a péri par la faute du donataire insolvable?* 996, 997. — *Quid si c'est le premier donataire qui est insolvable?* 998. — *Quid si le donataire a vendu la chose donnée?* 999. — Cas exceptionnel. 1000. — Erreur des auteurs qui enseignent que les donations en avancement d'hoirie doivent subir la réduction d'après la date des renonciations. 1001. — *Quid dans le cas où plusieurs donations ont été faites le même jour?* 1002. — Dans quel ordre la donation entre époux est-elle reducible? 11, 2638.

§ 6. De quelle manière s'opère le retranchement. — Il se fait de droit en nature. 1, 1005. — Le réservataire doit le rapport en nature de ce qui excède la quotité disponible. Exception. 1004, 1010. — Examen et réfutation de diverses interprétations auxquelles l'art. 924 a

donné lieu. 1006, 1007. — Le père de famille ne peut forcer ses héritiers à déroger à la disposition de l'art. 924. 1008, 1009.

§ 7. Des effets de la réduction. — La portion retranchée qui passe dans les mains du réservataire n'est point sujette aux dettes du défunt. 910, 911. — Il n'a pas besoin pour se garantir du recours de celui qui a subi le retranchement d'accepter sous bénéfice d'inventaire. 914. — Il ne faut même pas être nécessairement héritier pour intenter l'action en réduction. — Réfutation de l'opinion contraire. 915 à 926. — Donc, l'enfant n'a pas à craindre que la prise de sa réserve par voie de réduction expose ses propres biens aux poursuites des créanciers de son père. 927. — *Quid* si, un enfant ayant composé la réserve avec les réductions, on vient à découvrir postérieurement des biens dépendant de la succession? 928. — Toutes les charges imposées par le donataire sur la chose retranchée s'effacent complètement. 1024 à 1026. — Le donataire est tenu de restituer les fruits. 1018 à 1020 et 1022. — L'action pour faire courir les fruits rétroagit-elle contre les tiers détenteurs? 1021.

REMISE DE DETTES. La remise de dettes, genre de libéralité entaillé d'une faveur particulière, n'est assujettie à aucune formalité spéciale. I, 49. — Principes du dépôt appliqués à une remise de dette par fidéicommiss. — Arrêts de la cour de Paris et de la cour de cassation 1076, 1077. *Quid* si la remise de la dette a lieu par une quittance fictive? 1078.

RENTE VIAGÈRE. Le legs successif d'une rente viagère constitue-t-il une substitution prohibée? I, 134. — Du legs ou de la donation d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible. — Option laissée au réservataire. 832 à 838. — Des moyens tentés par la jurisprudence pour évaluer un usufruit ou une rente viagère. 839. — Conséquences de l'abandonnement fait au légataire de la quotité disponible. 842, 843. — *Quid* des biens aliénés à charge de rente viagère à l'un des successibles en ligne directe? Voy. 846 et suivantes, et *Quotité disponible*. — En cas de révocation de donation par survie d'enfant, le donataire évincé doit-il être indemnisé si la donation a été faite à charge de payer une rente viagère? 1414. — De quelle époque courent les fruits ou intérêts d'une chose léguée à titre d'oliments? II, 1889 à 1903. — Du don ou du legs d'une rente viagère par un conjoint à son conjoint par contrat de mariage ou pendant le mariage. — De quelle manière la libéralité, si elle est accessoire, devra-t-elle être réduite? 2573, 2574. — Il n'y a point donation mutuelle dans l'achat avec les valeurs de la communauté d'une rente viagère réversible sur la tête du survivant des époux. 2694.

RÉDUCTION. De la différence entre la donation et le legs quant à l'acceptation. II, 2147. — De la faculté de répudier une hérédité en droit romain. 2148.

Des conditions nécessaires pour pouvoir répudier une libéralité. — 1° Il faut que les choses soient entières, c'est-à-dire qu'il n'y ait pas en acceptation expresse ou tacite, I, 64 à 70, et II, 2149, 2150. — Quelles personnes pourraient néanmoins révoquer sur leur acceptation? 2151. — 2° Il faut que l'échéance soit arrivée, 2152, — que la répudiation ait lieu pour le tout. 2153.

Quelles personnes peuvent répudier? 2154. — Par quels actes on peut répudier. 2155. — De la renonciation tacite : jurisprudence. 2156, 2157. — Le légataire peut-il retirer sa renonciation? 2158. — Les créanciers du légataire peuvent être admis à accepter la libéralité à laquelle il a renoncé. 2159. — Lorsque l'héritier institué répudie et que la succession passe à l'héritier *ab intestat*, ce dernier est-il tenu d'accomplir les conditions et charges portées au testament? I, 421, 422.

RÉSERVE. § 1^{er}. Observations générales. — Droit ancien. — Droit nouveau. — La réserve prend sa source dans le droit naturel. I, 737, 836. — Définition des mots *légitime* et *réserve*. 738. — Réflexions préliminaires. — Du droit de disposer à titre gratuit en droit romain. — La légitime est considérée par Justinien comme une prélibation de l'hérédité. 739 à 741. — Elle était proportionnée au nombre des enfants. 742. — Légitime des ascendants en droit romain. 743. — *Quid* en ligne collatérale? 744, 831. — Jurisprudence romaine adoptée en France dans les pays de droit écrit. 745. — Ce qu'était la portion disponible dans les pays coutumiers. 746. — Raison de la différence du chiffre de la réserve suivant les coutumes. 747. — Du droit d'exhérédation. 748. — Les ascendants n'avaient point de légitime en pays coutumiers. 749. — De la réserve que la plupart des coutumes admettaient pour les collatéraux. 750. — Loi de la révolution. — Abolition de l'exhérédation. — Loi de nivôse. 752. — Loi du 4 germinal an viii. — Idée mère de cette loi. — Discussion du Code au conseil d'Etat. 753 à 762. — Débats sérieux qui s'élevaient élevés sur la légitime des frères et sœurs. 763, 831. — De la réserve au profit de la veuve dans le droit romain. 764. — De la réserve de l'époux survivant sous le Code. 765. — La réserve est considérée comme une dette dans notre droit actuel. 766, 836. — La réserve légale forme seule l'hérédité. 767. — Dans le droit coutumier, la légitime n'était que *portio pariteria*. — Sous le Code, elle est *portio hæreditaria*. 768. — La réserve doit être franche et exempte de charges et conditions. 827. — Cas où l'indisponibilité établie en faveur des enfants pourrait leur être contraire. 828.

§ 2. De la réserve des enfants. — Diverses espèces d'enfants entre lesquels il faut distinguer pour supputer la quotité disponible. 770. — 1° De la réserve des enfants légitimes. 769. — *Sunt* compris sous le nom d'enfants les descendants à quelque degré que ce soit, mais ils ne sont comptés que pour l'enfant qu'ils représentent. 797. — Des enfants que le père a réduits à la simple légitime pourant-ils par cela seul intenter l'action *ab intestat* contre son testament? 829. — La disposition par laquelle un père déclarerait réduire ses enfants à la simple légitime, sans disposer de la quotité disponible, n'aurait aucun effet. 830.

2° Des droits des enfants naturels. Voy. *Enfants naturels*.

3° L'enfant adopté est assimilé par la loi à l'enfant né en mariage. 781.

4° De l'enfant légitimé par mariage subséquent. 783.

L'enfant absent au moment de l'ouverture de la succession fait-il nombre pour la computation des réserves? 782. — Les renoncants font-ils nombre pour déterminer la quotité disponible? 784. — Qui doit profiter de leur part? 785. — *Quid* de l'enfant mort civilement? L'enfant qui renonce à la succession de son père pour s'en tenir au don qui lui a été fait peut-il retenu à la fois la quotité disponible et la réserve? Discutement profond des auteurs. — Variation de la jurisprudence. — Arrêt de Nîmes. — Retour de la cour de cassation. 786 à 793.

§ 3. De la réserve des ascendants. Voy. *Ascendants*.

RETOUR. Voy. *Droit de retour*.

RÉVOCATION. § 1^{er}. Révocation des donations entre-vifs. — Observations générales sur les causes de révocation indiquées par l'art. 933 du Code. I, 1284 à 1286.

1^{re} cause de révocation. — Inexécution des conditions. — De la nature de l'obligation dont l'inexécution peut faire rescinder la donation. 1287 à 1291. — Quand y a-t-il lieu à demander cette révocation et de quelle manière? 1295 à 1298 et 1321. — Quels effets elle produit. 1299. — L'action révoicatoire peut être exercée par les héritiers du donateur. 1300. — Les tiers détenteurs sont

soumis à cette action. 1301. — Le donateur qui a une action réelle n'a point de privilège sur la chose donnée. 1309. — De la prescription de l'action en révocation. 1303.

2^e cause. L'ingratitude. Voy. *Ingratitude*.

3^e cause. La survenance d'enfants. Voy. *Survenance d'enfants*.

§ 2. Révocation des dispositions testamentaires. — Du droit de révoquer un testament. — De la clause dérogeatoire. II, 2045.

1^{er} De la révocation expresse. 2046. — Droit romain et ancien droit français. 2047, 2048. — Sous le Code. 2049. — Le testament postérieur nul, qui contient la révocation, a-t-il cependant l'effet d'annuler le premier testament? — Controverse sur cette question. 2050. — Qu'id d'un acte olographe écrit, daté et signé de la main du testateur et contenant seulement une clause de révocation? 2051. — Nécessité de la présence du notaire en second dans les actes de révocation. 2052. — Qu'id de la révocation contenue dans une donation qui ne serait pas acceptée? 2053. — Des reconnaissances de dettes contenues dans un testament. 2054. — Un contrat peut trouver place dans un testament, et subsister nonobstant la révocation du testament. 2055. — La révocation du testament entraîne-t-elle la révocation de la reconnaissance? 2056, 2060. — La reconnaissance, en ce cas, peut-elle servir de commencement de preuve par écrit? 2061. — La déclaration que la dette du testateur a été payée est-elle révocable? 2062, 2063. — Énonciations desquelles on peut irrésistiblement induire la révocation par changement de volonté. 2064. — Un testateur peut-il faire revivre un testament révoqué par un second, en se bornant à révoquer ce second testament? 2065.

2^e De la révocation tacite. — Droit romain et ancien droit français. 2066, 2067, 2118 à 2120. — La révocation tacite ne s'applique qu'aux dispositions du premier testament qui sont incompatibles avec les dispositions d'un second ou qui sont contraires. 2068. — C'est une simple question de fait à juger par le magistrat. 2069. — Exemples. 2070. — Distinctions à faire pour apprécier s'il y a incompatibilité. 2071 à 2078. — De la révocation lorsque le testateur a exécuté le legs de son vivant. 2069 à 2081. — Qu'id de la révocation expresse ou tacite faite dans un testament postérieur lorsque le nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité ou le refus de l'héritier institué ou du légataire? 2082, 2083. — Qu'id en cas de préférence du légataire ou s'il avait encouru l'indignité? 2084.

L'aliénation par le testateur de la chose léguée constitue une révocation tacite. 2085, 2086. — Qu'id de l'aliénation nulle? 2087, 2092. — Si la chose léguée devient l'objet d'une donation qui n'est point acceptée? 2088, 2089. — Qu'id si la donation était faite à la personne désignée par le testament? 2090, 2091, 2092. — Qu'id si la chose aliénée revient dans les mains du disposant? 2093. — L'art. 1038 ne concerne pas le legs universel. 2094. — Quelles aliénations ont l'effet de révoquer une disposition testamentaire? — Exemples. 2095 à 2098. — De l'existence de l'aliénation révocatoire. — Exemples. 2099 à 2101.

Causes autres que l'aliénation qui révoquent le legs. 2102. — Sic, lorsque le testateur fait cesser le motif dont il avait fait dépendre sa libéralité. 2103 à 2105. — De la condition apposée au legs et remplie par le testateur. 2106. — De la révocation par la nature, la lésion et la rupture des sceaux. 2107 à 2113. — Le testateur peut-il exiger du notaire la remise de son testament par acte public, pour l'annuler? 2114, 2115. — Qu'id du testament mystique? 2116, 2117.

3^e De la révocation pour inexécution des conditions. 2122, 2123. — Cette action peut être exercée par toute personne ayant intérêt. 2124.

4^e De la révocation pour cause d'ingratitude. Voy. *Ingratitude*.

5^e De l'ancienneté du testament. — Elle était, en droit romain, une preuve de révocation après dix années de date. — *Sic*, sous le Code. 2120.

6^e Révocation pour cause de survenance d'enfants. Voy. *Survenance d'enfants*.

S

SAISINE. État de la législation ancienne soit romaine, soit coutumière, sur la manière dont les successions se trouvaient défrées par testament. II, 1434 à 1438. — Coup d'œil sur les principes du droit romain en matière d'hérédité. — Héritiers nécessaires. 1806. — Héritiers alicui, 1807. — Héritiers alicui et nécessaires. 1808. — Héritiers étrangers. 1809. — De l'adition d'hérédité, de la créance. 1810. — De la gestion comme héritier. 1811. — Modification de la législation romaine sur l'adition d'hérédité. 1812. — En France, le mort saisis le vif était et est encore le droit commun. 1813. — Différence entre la propriété et la saisine. 1875. — Règles établies par le Code assurant la saisine aux héritiers du sang. 1439 à 1400, 1791. — Le testament ne peut les priver de la saisine. 1792. — Du droit de saisine conféré aux héritiers nait l'obligation pour le légataire, même universel, de demander la délivrance. Voy. *Délivrance*.

De la saisine du légataire universel lorsqu'il n'y a point de réservataires. — Difficulté lorsque le défunt laisse un alicui et des frères et sœurs. 1814. — Si la disposition est soumise à une condition suspensive, le légataire universel n'est pas saisi de plein droit. 1815. — Il doit se faire envoyer en possession par le juge, lorsque, le testament étant olographe ou mystique, il n'y a point de réservataires. 1822 à 1825. — De l'opposition des héritiers à cet envoi. 1826. — Du droit et du devoir du juge. — Diverses hypothèses. 1827 à 1833. — Des mesures conservatoires que peut prendre l'héritier. 1834. — Quand commence la jouissance du légataire universel. 1799 à 1804.

De la saisine à titre universel. La loi ne lui donne point la saisine. Voy. *Legs à titre universel*.

Le légataire à titre particulier ne l'a point non plus. Voy. *Legs particulier*.

Le donataire universel n'a pas besoin de demander la délivrance. — Il est saisi par son contrat. — Conséquences. 2428 à 2430.

SECOND MARIAGE. Dispositions permises soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, à l'époux ayant un ou plusieurs enfants d'un premier lit en faveur de l'autre époux. Voy. *Donations entre époux*.

SÉPARATION DE CORPS. La séparation de corps fait-elle tomber les donations entre époux? I, 1561 à 1563. — Opère-t-elle la révocation des libéralités testamentaires faites à l'époux contre lequel elle a été prononcée? II, 2197. — En ce cas, la séparation opère-t-elle de plein droit la révocation? — Arrêt de la Cour de cassation. 2198.

SÉPARATION DE PATRIMOINE. Du droit accordé au légataire de demander la séparation des patrimoines contre l'héritier débiteur du legs. II, 1229. — En cas d'insolvabilité de la succession, les légataires ne reçoivent leurs legs qu'autant que les créanciers ont désintéressés. — Pourvu que ceux-ci aient demandé la séparation des patrimoines. 1285, 1286. — Du cas où cette séparation a lieu de plein droit. 1287.

SOURD-MUET. Le sourd-muet peut tester olographiquement, I, 1537, — mais non par acte devant notaire. 557, 1137, II, 1449. — Le muet, sachant écrire, peut tester en la forme mystique. — Formalités. 1664 à 1667.

— *Quid* si l'impossibilité de parler n'a été qu'accidentelle? 1668.

Le sourd-muet peut-il faire une donation entre-vifs s'il sait écrire? 1, 338. — Le pourra-t-il par signes s'il ne sait pas écrire? 559. *Quid* quant à l'acceptation de la donation faite à un sourd-muet qui ne sait pas écrire? 1, 1138.

Le muet peut-il être témoin? 11, 1678.

SUBSTITUTIONS. Considérations générales. — De l'influence des substitutions sur les familles nobles de l'ancien régime. — Réfutation de l'opinion de Montesquieu sur leur utilité dans les monarchies. — Le Code a sapé cet édifice colossal. 1, 86 à 98. — Une loi du 17 mai 1826 qui faisait revivre, quoiqu'avec réserve, le pouvoir de substituer en ligne directe a été abrogée le 2 mai 1849. 171.

§ 1^{er}. Substitutions prohibées par le Code.

1^o *Substitution fidéicommissaire* qui impose à l'héritier institué l'obligation de conserver et de rendre à un second héritier. 1, 89, 90. — Ce que les fidéicommissaires étaient à Rome, sous le régime républicain. — Ce qu'ils devinrent sous le régime féodal. — Ordonnances de 1747. 21 à 22. — Caractères des substitutions fidéicommissaires. 22. — Distinctions des fidéicommissaires par rapport à l'époque de leur ouverture. — Fidéicommissaires pur, 93, 94, 102, — avec terme ou conditionnel. 95, 96, 103. — Du fidéicommissaire *quum morietur*. 27. — C'est à ce genre de fidéicommissaires que se rapportent chez nous les substitutions prohibées. 99 à 101. — Quels caractères doit présenter la substitution pour rentrer dans la prohibition de l'article 896 à 103 à 105. — En résumé, le signe distinctif consiste dans l'ordre successif que la disposition a pour but d'établir. 106 à 113. — De quelles circonstances résulte l'ordre successif? 107 à 109. — Des termes ordinairement employés pour faire une substitution. 110 à 114. — De l'interprétation des dispositions fidéicommissaires. 116.

1^{re} règle. Si la clause est susceptible de deux interprétations, il faut choisir celle qui ne présente pas de substitution. 117, 118. — Application de cette règle à la substitution appelée dans l'ancien droit *compensateur*. Voy. *Substitution compensatoire*. — A la substitution réciproque. Voy. *Substitution réciproque*. — Autres exemples. 123 à 127. — *Quid* de la clause aléatoire par laquelle plusieurs propriétaires d'un immeuble conviennent de le posséder en commun ou divisément, avec clause que le parti de chaque préteur accroit successivement aux survivants. 128. — De la clause de *co quod supervenit*. — Divergence des auteurs et des arrêts. 129 à 132. — De plusieurs legs successifs du même usufruit. 133. — Des rentes viagères léguées successivement à plusieurs personnes. 134. — De la prohibition d'aliéner imposée par le testateur. 135, 136. — De celle de tester. 137. — Espèces dans laquelle un legs de libération était attaqué comme contenant une substitution déguisée. — Caractères du legs de libération. 138 à 153. — De la faculté d'élire dans ses analogues avec la substitution prohibée. 154. — De la clause d'association dans une institution contractuelle. 155.

Seconde règle d'interprétation. Lorsque l'acte renferme nécessairement la charge de conserver et de rendre, bien qu'elle ne soit pas littéralement exprimée, il n'y en a pas moins substitution. 117, 126. — Application de cette règle. — Du legs sous condition suspensive employée pour dissimuler un fidéicommissaire. 127 à 160. — De la condition résolutoire. 161. — Du droit de retour stipulé dans le même but. 162 à 167. — De la disposition qui donne l'usufruit à l'un, la nue propriété à l'autre. 185, 186.

Effets de la nullité de la substitution. — 1^o L'institution principale et celle qui en est la charge sont nulles en entier. 164. — Si la substitution ne porte que sur partie des biens donnés, la nullité ne frappe pas l'autre partie.

165, 166. — Utilité de distinguer si la disposition est une substitution ou seulement une disposition contraire aux lois. 167.

2^o *Substitution exemplaire*. Sa définition. — Admise par le droit romain et en France dans les pays de droit écrit, elle est abolie par le Code. 173, 182.

3^o *Substitution papillaire*, également abrogée par le Code. 175, 182.

§ 2. Substitutions non éteintes ou exceptionnellement autorisées par le Code.

1^o *Substitution compensatoire* admise dans l'ancienne législation. — Cette substitution, qui renfermait à la fois une substitution vulgaire et une substitution fidéicommissaire, n'est maintenue par le Code qu'avec de graves modifications. 119, 120, 121, 124, 173, 184.

2^o *Substitution dans les fondations de majeure.* Voy. *Majeurs*.

3^o *Substitution dans les cas prévus par les articles 1048 et 1049 du Code Napoléon.* Voy. *Substitution officieuse*.

4^o *Substitution réciproque*, maintenue par le Code avec de graves modifications. 173, 183. — Exemple d'une substitution réciproque. 122.

5^o *Substitution vulgaire*. La substitution ainsi nommée dans l'ancien droit est autorisée par l'article 898 du Code Napoléon. 96 et 123 à 127. — Conséquence de l'acceptation du premier héritier. — Conséquence de son refus. 128. — *Quid* si l'héritier mineur qui a accepté se fait restituer contre son acceptation? 129. — *Quid* dans le cas où l'héritier est repoussé pour indignité? 130.

SUBSTITUTION OFFICIEUSE. Cette substitution fait l'objet du chapitre VI du titre des *Donations et testaments* sous la rubrique : *Dispositions permises en faveur des petits-enfants du donateur ou testateur en des enfants de ses frères et sœurs*. — Considérations sur cette substitution. 11, 2210. — Conditions exigées par le Code. 2211. — Lois des 17 mai 1826 et 11 mai 1849. 2212. — Quelles personnes ont le droit de substituer? 2213. — Conditions auxquelles les frères et sœurs peuvent substituer. 2214. — Quand la condition de mort sans enfants est-elle remplie? — *Quid* si le substituant laisse un enfant naturel reconnu? 2216 à 2218. — De l'enfant adoptif. 2219. — *Quid* des enfants reconnus ou indignes? 2220. — Des personnes en faveur desquelles peut être imposée la charge de rendre. — Des enfants à naître. 2221, 2222. — La charge doit être faite en profit de tous les enfants, sans exception. 2223. — Cas dans lequel la représentation est autorisée. 2228, 2229. — L'incapacité d'une seule des conditions prescrites entraînerait la nullité de la disposition pour le tout. 2225. — Si la quotité disponible a été dépassée, la disposition est seulement réductible. 2226, 2227. — Le réserve doit rester intacte. — *Quid* si le donataire par acte entre-vifs, sans charge de restitution, accepte une nouvelle libéralité faite sous la condition que les biens précédemment donnés demeureront grevés de cette charge? 2230 à 2233.

De l'ouverture du droit des appels. 2236. — Différence entre le grevé et l'usufruitier quant à la jouissance. 2237. — Cores involontaires de cessation de jouissance du grevé donnent ouverture au droit des appels. 2238. — Du cas de survenance d'enfants. 2239. — *Quid* si la jouissance du grevé cesse par la révocation de la donation? 2240. — La donation est révocable pour les mêmes causes à l'égard des appels qu'à l'égard des grevés. 2241. — L'enfant qui naît postérieurement à l'ouverture du droit des appels n'est pas exclu de la substitution. 2242. — Hors de cas, les droits des appels restent fixés à ce qu'ils étaient au moment de l'ouverture. 2243. — De la cessation de jouissance du grevé par sa propre volonté. — De l'abandon anticipé. 2244, 2245. — De l'ouverture des droits des appels dans le cas de caducité de la disposition faite au grevé. 2246. — Du prédicté, de l'incapacité et de la

répudiation du grevé, quand il s'agit d'uno disposition testamentaire. 2247. — *Quid* dans le cas de donation? 2248? — Les créanciers du grevé peuvent-ils attaquer une renonciation? 2249.

Des recours subsidiaires qu'il peut être permis d'accorder à la femme du grevé, dans certains cas, sur les biens substitués. — Restrictions. 2250 à 2254.

Mesures à prendre dans l'intérêt des appelés.

De tuteur à la substitution; il peut être nommé par le disposant. 2255 à 2257. — À défaut de nomination par le disposant, par qui, comment et dans quel délai doit-il être pourvu à cette nomination? 2258, 2259. — De la déchéance du grevé lorsqu'il n'a pas requis cette nomination. 2260, 2261. — *Quid* lorsque la grevé n'a pas d'enfants ou lorsqu'il est mineur? 2262, 2263.

De l'inventaire, après le décès du disposant. — Par qui peut-il être requis? — Dans quel délai doit-il être fait? — Formalités à observer. — Ce qu'il doit contenir. — Des frais de cet inventaire. 2264 à 2271. — *De la vente du mobilier.* 2272, 2273. — Quels meubles peuvent ne pas être compris dans la vente. 2274 à 2277. — *De l'emploi des deniers comptants, de ceux provenant soit de la vente du mobilier, soit du recouvrement des effets actifs et des remboursements de rentes.* 2278 à 2281.

De la transcription des substitutions. Voy. Transcription. — De la responsabilité du tuteur à la substitution. 2291. — Si le grevé est mineur, il ne peut, même dans le cas d'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre l'exécution des règles à l'observation desquelles le tuteur était tenu de veiller. 2292.

REVENANCE D'ENFANTS. De la survieillance d'enfants considérée comme cause de révocation des donations entre-vifs (art. 960 et 961 du Code), droit romain sur cette matière. I, 1364. Fondement légitime de cette révocation. 1365 à 1368.

§ 1^{er}. Quels sont les enfants dont la naissance fait révoquer la donation? Des enfants légitimes et de ceux légitimes depuis la donation. 1369 à 1371. — *Quid* des enfants naturels? 1372. — Il faut, en outre, que les enfants dont la survieillance opère la révocation soient nés viables. 1374, 1375. — L'enfant conçu au moment de la donation n'est point réputé né. 1376. — La survieillance d'enfants conçus n'est point une cause de révocation lorsqu'il en existait déjà au moment de la donation. 1377. — *Quid* de la donation faite par un père dans la fausse opinion de la mort d'un fils absent? 1378. — Le donateur dont le fils unique, au moment de la donation, serait mort civilement, serait-il réputé sans enfants? 1379. — La naissance d'un enfant légitime fait-elle évanescer la donation faite à une époque à laquelle le donateur avait un enfant naturel? 1380. — *Quid* si la donation a été faite non à l'enfant naturel, mais à un étranger? 1381. — L'enfant né d'un mariage nul par l'incapacité de l'un des contractants et légitime par la bonne foi de l'autre donne-t-il lieu à la révocation? 1382. — Le donataire peut repousser l'action en prouvant la fraude d'une prétendue filiation légitime. 1383.

§ 2. Quelles donations sont révocables pour cause de survieillance d'enfants? — Des donations pour cause pie dans l'ancien droit. 1384. — La loi *Si antiquum* était-elle applicable aux donations à cause de mort, aux donations mutuelles, aux donations par contrat de mariage, etc.? 1385, 1386. — L'ordonnance de 1731 soumet-elle à la révocation toutes les donations quelconques. 1387. — Le Code n'admet d'exception qu'en faveur des donations à cause de mariage faites entre les conjoints ou par leurs ascendants. 1388. — La donation entre futurs époux n'est pas révocable par la survieillance d'enfants. 1389. — *Quid* de la donation faite par un père à son fils unique, s'il survient d'autres enfants? 1390. — *Quid* dans le cas où l'ascendant aurait donné à sa bru ou à son gendre par contrat de mariage? 1391. — *Quid*

des donations mutuelles? — Définition et caractère de ces sortes de donations. 1392 à 1393. — Des donations avec charges. 1396. — Des donations rémunératoires. 1397. — Des remises de dettes et renonciations à des droits acquis. — Distinction. 1398, 1399. — Des donations déguisées sous la forme de contrats onéreux. 1400. — Des dispositions réglées par l'art. 1840 du Code. 1401. — La donation par contrat de mariage de futur à futur n'est point révocable pour survieillance d'enfants. II, 2325. — ni celles qu'ils se font pendant le mariage. 2676.

§ 3. Des personnes auxquelles appartient l'action en révocation. I, 1408.

§ 4. Effets de la révocation. La révocation a lieu de plein droit. 1404. — Le donateur ne peut y renoncer de manière à préjudicier à l'enfant à naître. 1405. — Il peut disposer de nouveau de la chose, même à titre gratuit. 1406. — Peu importe que le donataire soit entré en possession et y ait été laissé depuis la survieillance d'enfant. 1409. — Mais jusqu'à la notification de la naissance de l'enfant, le donataire fait les fruits siens. 1410, 1415. — Forme de la notification. — Elle ne saurait être remplacée par des équipollents. 1411, 1412. — Le donataire évincé doit-il être indemnisé si la donation a été faite à la charge de payer une rente viagère? 1414. — *Quid* quant aux fruits lorsque la chose donnée est passée aux mains d'un tiers détenteur? 1412. — De la prescription de l'action en révocation pour cause de survieillance d'enfant. 1421 à 1427.

§ 5. Des dispositions testamentaires. La survieillance d'enfant est-elle une cause de révocation des dispositions testamentaires? *Quid* en droit romain? II, 2419. — *Quid* sous le Code? Distinction. 2426. — *Quid* si le testateur n'ayant pas d'enfants, il lui en est survenu depuis le testament et avant son décès? 2427. — *Quid* s'il est décédé n'ayant pas d'enfants, mais sachant que sa femme était enceinte? 2428. — *Quid* s'il est décédé ignorant la grossesse de sa femme? 2429.

REVUE. La donation entre-vifs de biens présents, faite entre époux, par contrat de mariage, n'est point censée faite sous la condition de survie. II, 2527. — De la condition de survie expressément stipulée. 2529. — Elle peut s'induire des circonstances. 2530. — Caractère de cette stipulation. — Conséquences. 2532, 2536. — De la donation d'une somme à prendre par l'époux survivant. 2545. — De la renonciation anticipée aux gains de survie entre époux sur des biens à venir. — Distinctions. 2546 à 2552.

T

TÉMOINS INSTRUMENTAIRES. Observations générales. — La présence de témoins est nécessaire pour le testament par acte public et pour l'acte de transcription du testament mystique. II, 1669. — Le choix appartient au testateur, et néanmoins, en cas d'incapacité de l'un d'eux, la responsabilité du notaire peut être engagée. 1670.

De l'époque à laquelle on doit considérer la capacité du témoin. 1684. — Le témoin est toujours présumé idoine. — Conséquences. 1685. — De la capacité putative dans les témoins. 1686 à 1688.

De l'incapacité absolue d'être témoin instrumentaire dans les testaments ci-dessus. — Les femmes ne peuvent être témoins. 1672. — ni les mineurs. 1673. — Le témoin doit être sujet de l'empereur. — Sens des expressions *republikano, regniensis, sujet*. 1674. — Sens du mot *citoyen français* employé dans la loi de ventôse. 1675. — Le témoin doit jouir de ses droits civils. — Primes qui empêchent le conjoint d'être témoin. 1676. — De l'incapacité, dans l'ancien droit, des moines, etc. 1677. — De l'interdit pour cause de furor ou d'imbécillité. — Des sourds et des aveugles. 1678. — *Quid* des muets? 1679. —

Les témoins doivent être connus. 1680. — *Quid* de ceux qui ne savent pas signer? 1682. — De ceux qui n'entendent pas la langue du testateur? 1284, 1686.

Incapacité relative. — De certaines incapacités relatives en droit romain et en droit coutumier. 1598. — Le Code a adopté la disposition de l'ordonnance de 1733 qui prononçait l'exclusion de tous les légataires comme témoins intéressés. 1599. — *Quid* si les témoins n'étaient intéressés que ut unicuique? 1600. — De l'exécution testamentaire. 1601. — Des parents des personnes intéressées. 1602. — Des parents alliés du testateur. 1603. — Des domestiques soit du légataire, soit du testateur. 1604. — Des parents, alliés, clercs et domestiques du notaire. 1605, 1606. — La disposition de l'art. 974 relative aux témoins qui ne savent pas signer n'est point applicable aux testaments mystiques, 1632. — ni la disposition de l'art. 975 qui exclut les légataires, leurs parents et alliés. 1633.

De domicile des témoins. — La prescription de la loi de ventose an xi n'est point applicable aux testaments. — Opinion contraire de Toullier repoussée par la jurisprudence. 1681.

De la nullité provenant de la présence d'un témoin intéressé. — Elle frappe le testament entier. 1607. — *Quid* si le legs fait au témoin était considéré comme nul et non avenue? 1608.

Les témoins instrumentaires peuvent-ils être entendus dans la procédure en faux qui serait dirigée contre le testament? 1567, 1568.

De la nécessité de la présence des témoins en ce qui concerne les testaments. Voy. *Testament par acte public.* — *Testament mystique.*

TERME. *Du terme opposé aux libéralités.* — Distinction, dans le droit romain, entre un terme certain et un terme incertain quant à l'institution d'héritier. 1, 390, 391. — Cette distinction est effacée par le Code, les institutions d'héritier n'étant plus que de véritables legs. 392. — Du terme certain et du terme incertain. 393. — Différence entre le terme incertain et la condition. 394 à 397. — Le jour incertain ne fait pas condition dans les contrats. 398, 399. — Le terme qui suspend le paiement est cause apportée dans l'intérêt de l'héritier si le contraire ne résulte de la volonté du testateur. 400. — Exemples. 401. — Observations sur le sens de certains mots et de certaines formules employés dans les dispositions modales. — Voy. *Conditions*, § 9.

DES TESTAMENTS. Capacité du testateur. 1, 7, 8. — Le testament appartient au droit naturel. — Réfutation de l'opinion contraire soutenue par Puffendorf, Montesquieu, Rousseau, Merlino, Mirobeau, Tronchet, etc. 12 à 51. — Pourquoi le Code a fait précéder la matière des testaments par le titre des Successions. 32, 33. — Coup d'œil sur l'ancienne législation. 33 à 50.

§ 1^{er}. Règles générales sur la forme des testaments. — A Rome, la forme du testament était de droit public. — *Quid* dans le droit français où le testament émane du droit naturel? 11, 1428 à 1431. — Quant aux formalités, le droit de tester est soumis au droit civil. 1432. — Caractère de ces formalités protectrices. 1433. — Complication à cet égard dans la législation romaine. — Nécessité d'une institution d'héritier. — Simplicité de l'ancien droit coutumier français adoptée par le Code. 1434 à 1440.

Trois formes de testaments sont admises par le Code : le testament olographe. Voy. *Testament olographe.* — Le testament par acte public. Voy. *Testament public.* — Le testament mystique. Voy. *Testament mystique.*

Tout testament doit être fait par écrit. 1446. — Conséquences. — Le testament nuptial, admis à Rome et en usage en France jusqu'à l'ordonnance de 1751, est proscrit. 1447, 1448. — La preuve testimoniale n'est point admissible pour suppléer aux clauses d'un testa-

ment lors même qu'il y aurait commencement de preuve par écrit. 1450. — Exception au cas où il s'agit de dénoncer une fraude à la loi, et au cas de destruction du testament par l'héritier *ab intestat* ou par force majeure. 1451 à 1453. — Peut-on tester par gestes ou par signes? 1449. — Un par relation à un écrit non revêtu des formes testamentaires? — Distinction. 1454 à 1457. — Un testament ne peut non plus se référer à un testament antérieur nul car la forme. 1458. — *Quid* si ce testament antérieur est sans effet par caducité ou par défaut de capacité de l'institué? 1459, 1460.

§ 2. De la nullité des divers testaments, résultant de l'observation des formalités prescrites. 1740. — *Quid* dans le doute sur l'exécution d'une formalité? 1741. — Le testament nul pour défaut de solennité ne peut produire aucun effet. 1742. — Pourquoi cependant le testament nul comme mystique peut valoir comme olographe. 1743. — De la durée de l'action en nullité. 1744. — La partie qui a approuvé ou exécuté un testament ou qui a transigé sur cet acte est-elle non recevable à l'attaquer? 1745, 1746. — De la réconciliation implicite. 1747 à 1750. — Un testament nul pour défaut de forme ne peut être valide par aucun acte. 1751. — Produit-il une obligation naturelle? 1752.

TESTAMENT PAR ACTE PUBLIC. § 1^{er}. Ce qu'est le testament par acte public. — Du testament par acte public en droit romain et dans les pays coutumiers. 11, 1504. — Le Code Napoléon ne reconnaît plus que les notaires pour recevoir ce testament. 1506. — Portée du mot *testament* sous le rapport de la solennité. 1505. — Ce testament doit-il être fait, comme en droit romain, *uno contextu*? 1507. — Il en est gardé minute à peine de nullité. 1508.

§ 2. Formalités substantielles du testament par acte public. 1512, 1513.

De notaire et de son ressort. 1514. — *Quid* si le notaire est interdit de ses fonctions? 1515. — Pourrait-on appliquer à un notaire mineur la loi *Barbarinus Philippus*? 1516. — Il ne doit avoir aucun intérêt dans les dispositions du testament. 1517, 1612, 1613. — Le notaire ne doit être parent d'aucun des légataires. 1610. — *Quid* s'il ignorait cette parenté? 1611. — Il faut qu'il reçoive l'acte comme notaire. 1518. — *Quid* s'il avait négligé de mentionner son nom et sa résidence? 1519. — De la responsabilité du notaire. 1520. — Peut-il se dessaisir de la minute sur la demande du testateur? 1509. — Décision ministérielle quant à la délivrance des expéditions. 1510. — Le juge ne pourrait, contre le vœu du testateur, ordonner, de son vivant, la délivrance d'une expédition. 1511.

De la dictée du testament. — *Quid* de l'interrogation? 1521. — Présence des témoins. 1523. — Le notaire n'est pas tenu de reproduire identiquement les paroles du testateur, il peut même aider au développement d'une idée clairement exposée. 1525, 1524. — *Quid* si le testateur a dicté en patois? 1525 à 1527. — *Quid* si en langue étrangère? 1529. — Les dispositions doivent être écrites à mesure qu'elles sont dictées. 1528.

De l'écriture. — Le notaire doit écrire lui-même. 1530. — S'il est reçu par deux notaires, ils peuvent alternativement écrire. 1531. — *De la lecture* par le notaire au testateur. 1532. — Elle doit avoir lieu devant les témoins. 1533, 1534. — Capacité des témoins. Voy. *Témoins instrumentaires.*

De la mention expresse du accomplissement des formalités. 1535. — Sur quelles formalités doit porter la mention. 1536. — 1^{re} Mention de la dictée. — Conséquences. — Cette mention peut être remplacée par un équivalent *adéquât et idéalisé*. 1537 à 1540. — La mention de la dictée ne peut être détruite que par l'inscription de faux. 1541. — 2^e Mention de l'écriture par le notaire. 1542. — Mais les équivalents sont aussi admissibles. —

Exemples. 1345 à 1547. — Le notaire doit-il mentionner encore qu'il a écrit le testament tel qu'il lui a été dicté? 1348. — La place de la mention de l'écriture est indifférente. 1349. — 3^e Mention de la lecture au testateur en présence des témoins. — Équivalence admis. — Jurisprudence. 1352 à 1562. — *Quid* si la disposition non comprise dans la mention n'avait pour but que d'expliquer une disposition un peu obscure? 1563, 1564. — Toutes les mentions ci-dessus doivent être constatées par le notaire. 1565. — Lorsque le testament les contient, on ne peut être admis à prouver autre chose que ce qu'elles énoncent sans inscription de faux. 1566. — Les témoins instrumentaires peuvent-ils être entendus dans la procédure en faux? 1567, 1568.

Les formalités prescrites par la loi du notariat sont applicables aux dispositions testamentaires. 1567. — Ce qu'elle exige au sujet des noms des témoins. 1570. — De l'indication du lieu de la passation de l'acte. 1571. — De l'énonciation de la demeure des témoins. 1572. — De la date, de l'année et du jour. — De l'arrêté de date, de la sureur. 1573 à 1575. — La signature du notaire doit avoir lieu en présence du testateur. — Mais la mention de la signature est inutile. 1577.

Le testament nul comme acte public ne pourrait valoir comme testament olographe. 1576.

De la signature du testateur. 1578 à 1580. — La mention de la signature est nécessaire. 1581 à 1583. — De la mention expresse de la déclaration du testateur qui ne sait ou ne peut signer. 1584. — La fausse déclaration faite à cet égard par le testateur vicierait-elle l'acte? 1585, 1586. — De la mention qui doit faire le notaire à cet égard. 1587 à 1589. — *Quid* si le testateur mourait avant d'avoir achevé de signer son nom? 1590. — La mention de ne pouvoir signer doit-elle être lue au testateur en présence des témoins. 1591.

De la signature des témoins. — Dans les villes, tous les témoins doivent signer. — Dans les campagnes, il suffit de la moitié. — Pourquoi? 1592, 1593, 1595. — Sans du mot *compagne*. 1594. — L'acte doit-il faire mention de la cause qui empêche les témoins non signataires de signer? 1596. — *Quid* des signatures irrégulières? 1597.

De certaines incapacités relatives d'être témoins instrumentaire d'un testament. Voy. *Témoins instrumentaires*.

TESTAMENTS EXCEPTIONNELS. Règles particulières à ces testaments.

§ 1^{er}. Du testament militaire. Du testament militaire en droit romain. II, 1689. — Dans l'ancien droit français. 1690 à 1695. — Ordonnance de 1735 sur le testament militaire. 1794. — Formalités prescrites par l'article 981 du Code. 1695. — Ceux qui sont dans les armées peuvent tester militairement. 1696. — Même privilège peut-il être accordé dans certaines circonstances aux simples citoyens? 1697 à 1699. — Du cas où le testateur est malade ou blessé. 1700. — Pour pouvoir tester militairement, il faut se trouver en expédition militaire sur un territoire étranger ou être enfermé en France dans une place assiégée. 1701, 1702. — *Quid* si, la place étant assiégée, il y avait suspension d'hostilités? 1703. — Du temps pendant lequel ce testament conserve sa valeur. 1704, 1705.

§ 2. Du testament fait en temps de peste ou autre maladie contagieuse. 1706 à 1709. — Compétence pour recevoir ces testaments, loi du 22 mars 1822. 1710. — Ce testament est permis à tous ceux qui habitent le lieu infecté, même lorsqu'ils ne seraient pas atteints. 1711. — Pendant quel temps un testament ainsi fait conserve-t-il sa valeur? 1712.

§ 3. Du testament maritime. Motifs qui ont fait introduire ce testament. — Du droit romain. 1713. — Droit français. 1714. — Le Code permet ce testament à tous ceux qui sont sur mer. 1715 — De sa forme. 1716. — Formalités ordonnées pour assurer la conservation des testaments faits en mer ou en facilitant la recherche aux

intéressés. — Leur inobservation n'entraîne point la nullité de l'acte. 1717, 1718. — Quand le testament est-il réputé fait en mer? 1719 à 1721. — Les simples passagers peuvent faire un testament maritime. 1722. — Durée de la validité du testament fait en mer. 1723, 1724. — Il ne peut contenir aucune disposition au profit des officiers du vaisseau s'il ne sont parents du testateur. — La prohibition s'applique même au testament olographe. 1725 à 1728.

§ 4. Dispositions communes aux trois espèces de testaments ci-dessus. De la signature du testateur, des témoins et de ceux qui auront reçu le testament. 1729. — Il n'y a, d'ailleurs, rien d'observer que les rondsins générales dont la section 1^{re} du chapitre V du titre II fait une règle. — Énumération de ces conditions. 1731. — *Quid* de la date? 1732. — Les notaires pourraient-ils recevoir un testament exceptionnel dans la forme particulière autorisée par la loi? 1733.

Dans quelle forme peut tester le Français qui se trouve en pays étranger? — De l'application de la règle *locus regit actum*. 1734, 1735. — *Quid* du testament olographe? 1736, 1737. — Les chanceliers des consulats peuvent-ils recevoir les testaments des Français? 1738. — *Quid* du testament olographe? 1736. — Les testaments faits à l'étranger ne peuvent être exécutés en France avant leur enregistrement. 1739.

TESTAMENT MYSTIQUE. Du testament mystique en droit romain. II, 1614 à 1618. — Usage de ce testament dans les pays de droit écrit. — Ordonnance de 1735. — Il est admis par le Code. 1619.

§ 1^{er}. Quelles personnes ne peuvent pas tester en la forme mystique?

Ceux qui ne savent pas lire. — Motifs. 1620. — Il faut savoir lire l'écriture. 1660. — À qui incombe la preuve que le testateur ne pouvait ou ne savait lire? 1662. — *Quid* des aveugles? 1660.

Le testateur qui ne peut parler, mais qui écrit, peut tester en cette forme. — Formalités requises en ce cas. — Ainsi le muet. 1664 à 1667. — *Quid* si l'impossibilité de parler n'a été qu'accidentelle et que le testateur ait reconstruit la parole quand il s'agit de dresser l'acte de suscription? 1668.

§ 2. Formalités requises pour la validité des testaments mystiques.

1^o De l'écriture de l'acte intérieur de ce testament. — De la signature. 1620. — Aucune condition particulière n'est exigée de la part de la personne que le testateur chargeait d'écrire ce testament. — Peu importerait qu'elle fût légitime. 1621. — La mention de la date ou de la dictée est inutile. 1622, 1623. — Il n'est pas nécessaire que le testament écrit par un tiers mentionne qu'il a été lu par le testateur. 1663. — L'ami de confiance n'est point exigé. 1624. — Le testateur peut garder le secret de ses dispositions. — Présentation de l'acte au notaire. 1625.

2^o De la clôture et du scel soit sur la feuille intérieure, soit sur l'enveloppe. 1626 à 1629. — *Quid* si l'enveloppe et la clôture sont imparfaites? 1630.

3^o Présentation aux témoins et au notaire avec déclaration. — *Quid* si le testateur ayant déclaré que le testament avait été écrit par lui-même, on ne trouvait après sa mort, sous le cachet, qu'un testament écrit d'une main étrangère? 1631. — Nombre des témoins. — Ils doivent tous savoir signer. 1632. — Nécessité d'appeler un septième témoin si le testateur ne sait ou ne peut signer. 1636 à 1638. — Les héritiers et légataires peuvent être témoins à l'acte de suscription. 1633. — Ainsi que l'écrivain du testament. 1634, 1635. — Celui qui n'entend pas la langue du testateur peut-il être témoin? 1636. — En ce qui concerne les autres conditions relatives aux témoins, voy. *Témoins instrumentaires*.

4^o Acte de suscription. — Sens du mot *dresser*. 1637.

— Un notaire peut-il, après avoir écrit comme personne privée un testament mystique qui contient des dispositions en sa faveur, recevoir l'acte de transcription? 1638. — Condition nécessaire à la validité de l'acte de transcription. — Mentions qu'il doit contenir. 1639 à 1649. — De la date. 1650. — De l'unité du contexte. 1651. — Le testament mystique est un acte authentique. — Conséquences. 1652. — Duit-il être passé en minute à peine de nullité? 1653. — Le testament nul en la forme mystique peut valoir comme olographe. 1654, 1655.

De l'ouverture et du dépôt du testament mystique. — Formalités. 1816 à 1821.

TESTAMENT OLOGRAPHE. Le testament olographe n'était point admis en droit romain. II, 1463. — Serus, en pays coutumiers. 1464, 1465. — L'individu domicilié en pays de droit écrit pouvait-il tester par la forme olographe en pays coutumier? 1465. — Du testament olographe sous le Code. 1466. — Il n'est point à l'abri des attaques pour démence, captation, suggestion, etc. I, 508.

§ 1^{er}. Formalités de l'écriture par le testateur. Conséquences dans le cas où l'écriture du testateur se trouverait mélangée avec une écriture étrangère. II, 1467, 1468. — La participation d'un tiers pour donner un conseil ou rappeler une règle ne vicié pas le testament. 1469. — Quid de l'assistance d'un tiers pour régler l'écriture du testateur aveugle? 1470. — Le testament peut être écrit et signé au crayon, 1471, — être fait sur des feuilles volantes. 1472, 1473. — Peu importe que les ratures ou interlignes n'aient point été approuvées. 1474. — L'emploi du papier timbré n'est pas nécessaire. 1475. — Quid du testament par lettre missive? 1476, 1477. — Pour être considéré comme testament olographe, l'écrit doit avoir été fait en vue de la mort. 1478.

De la date, sa nécessité. 1479. — Énonciation du lieu. 1480. — La date peut être écrite en chiffres. 1481. — De la date incertaine. 1482. — De l'erreur de date. 1483 à 1486. — La fausseté de la date équivaut à l'absence de date. 1487. — L'inscription de faux n'est pas nécessaire pour prouver, ou l'erreur, ou la fausseté. 1488. — Les rectifications dans les omissions ou erreurs ne peuvent être faites qu'autant qu'elles sont commandées par le contexte même du testament. 1489. — Les dispositions additionnelles sont présumées se référer à la date du corps de l'acte. 1490. — La place de la date de l'acte est indifférente. 1491. — Le testament olographe fait foi de sa date. — Conséquences. 1492.

De la signature du testament olographe. — Sa place. 1493, 1494. — De quel nom le testateur doit-il signer? 1495, 1496. — De la signature mal orthographiée ou peu lisible. 1497.

§ 2. Solennité et force du testament olographe régulier. — Conséquences. 1498. — Sur qui retombe, en cas de dénégation, la charge de faire la vérification de l'écriture? — Distinction. 1499 à 1501. — Un testament nul comme mystique peut-il valoir comme olographe? 1502. — Peu importe la langue dans laquelle est écrit le testament. 1503.

De l'ouverture et du dépôt du testament olographe. — Procédure à suivre. II, 1816 à 1821.

TRANSCRIPTION. § 1^{er}. But et formalités de la transcription. La transcription dérive de l'ancienne formalité de l'immission. I, 1147. — De l'immission dans l'ancien droit et de l'ordonnance de 1731, 1148 à 1150. — Discussion au conseil d'État. — La transcription a pour but la publicité de la donation. 1151, 1152. — et n'est point une formalité hypothécaire. 1153, 1154. — Elle a plus d'étendue que l'immission. 1155, 1156. — A la différence de l'immission, la transcription n'est assujettie à aucun délai. 1157. — Pourrait-elle avoir lieu valablement dans les dix jours qui précèdent la faillite? — Distinctions. 1158 à 1163.

§ 2. Quelles donations sont assujetties à la transcription? — Les donations de biens meubles en sont affranchies. 1163. — Les biens susceptibles d'hypothèques y sont seuls soumis. 1164. — Quid à l'égard des donations d'actions immobilières? 1165. — D'une donation de droits successifs? 1166. — Peu importe que les donations soient conditionnelles ou avec charge. 1167. — Quid des donations par contrat de mariage? 1168. — Des institutions contractuelles et des donations universelles. 1169, et II, 2372. — Des donations entre époux. I, 1170, et II, 2354, 2355, 2632 à 2654. — Des donations à titre de gain de survie. I, 1171. — Des donations déguisées sous la forme de contrat onéreux. 1172. — De la transcription de la substitution officieuse. II, 2282 à 2290.

§ 3. A qui incombe l'obligation de faire transcrire?

Au donataire. I, 1175. — A qui dans le cas où le donataire ne serait pas en état de veiller sur ses droits? 1174, 1175.

§ 4. Par qui peut être opposé le défaut de transcription?

Similitude de l'art. 941 du Code avec l'art. 27 de l'ordonnance de 1731. — Les héritiers du donateur ne sont pas recevables à se prévaloir du défaut de transcription, 1177. — non plus que les légataires et les seconds donataires du donateur. 1178, 1179. — Ce droit n'appartient qu'à ceux qui ont traité à titre onéreux avec le donateur. 1180, 1181. — Quid de l'acquéreur d'un immeuble autre que l'immeuble donné s'il était inopinié par une action hypothécaire du donataire? 1182. — Quid des créanciers du donateur? 1183, 1184. — Les personnes chargées de faire la transcription ni leurs ayants cause ne peuvent opposer le défaut de cette formalité. 1185, 1186. — Quid de celui qui achète à un mari l'immeuble que celui-ci a précédemment donné à sa femme sans que la transcription ait été faite? 1187. — Différence entre les acquéreurs et créanciers du donateur, d'une part, et les ayants cause de celui qui doit faire transcrire, d'autre part. 1188.

§ 5. Effets du défaut de transcription.

La donation non transcrite n'est plus entre les parties qu'un pacte nu. 1186. — Les mineurs, les interdits, les femmes mariées ne sont point restitués, sauf recours contre leurs tuteurs ou maris. 1189 à 1192.

U

USUFRUIT. Il n'y a point substitution prohibée dans le legs de l'usufruit à l'un et de la nue propriété à l'autre. I, 185, 186. — Quid de plusieurs legs successifs du même usufruit? 133.

De la valeur à l'encontre des réservataires, de la disposition par acte entre-vifs, d'un usufruit dont la valeur excède la quotité disponible. Voy. *Quotité disponible*, § 3.

De l'imputation à laquelle donne lieu l'affiliation de biens en faveur de l'un des successibles en ligne directe, avec réserve d'usufruit. Voy. *Rapports*.

De l'évaluation de l'usufruit. I, 839, et II, 2609 à 2611.

De l'estimation de l'usufruit sujet à réclusion forcée. I, 975. — De la réserve que peut faire le donateur de l'usufruit des biens meubles ou immeubles donnés. 1254 à 1260. — Le legs d'usufruit de tous les biens est un legs à titre universel. II, 1848. — Comment contribue au paiement des dettes le légataire de l'universalité de l'usufruit? 1860, 1861. — Le droit de l'usufruitier sur la chose léguée commence du jour du décès du testateur. — Différence avec le droit romain. 1874. — Du legs d'usufruit à titre particulier. 1904 à 1906. — Du legs d'usufruit avec défense d'aliéner. 1907, 1908. — Quid, avec pouvoir d'aliéner? 1908, 1910. — Différence entre les legs d'usufruit et les legs annuels. 1911. — Le légataire d'un

usufruit est tenu de demander la délivrance pour avoir droit aux fruits. 1912. — *Quid*, du droit d'accroissement en matière d'usufruit? 1915 et 2183 à 2186. — De la donation d'usufruit que peuvent se faire les époux soit

par contrat de mariage, soit pendant le mariage. Voyez *Donation entre époux*.

Le légataire doit supporter l'usufruit qui grève la chose léguée. 2356.

FIN DE LA TABLE GÉNÉRALE.



LA VENTE CHEZ LES MEMES EDITEURS

TRAITÉ DE L'INSTRUCTION CRIMINELLE. —
THEORIE DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE, par
Faustin (Hélie), Conseiller à la Cour de Cassation,
 membre de l'Institut, ancien directeur des affaires
 criminelles au ministère de la Justice, membre
 de la Légion d'honneur; tome premier, com-
 prenant l'histoire et la théorie de la procédure
 criminelle. 1 volume in-8°. Prix . fr. 9 00
 Tome deuxième, comprenant la première partie de
 l'action publique et civile. 1 volume in-8°. Prix . fr. 9 00

Tome troisième, comprenant la seconde partie de
 l'action publique et civile. 1 volume in-8°. Prix . fr. 9 00

Tome quatrième, comprenant la police judiciaire.
 1 volume in-8°. Prix . fr. 9 00

Tome cinquième, contenant l'instruction écrite
 et la détention préalable. 1 volume in-8°. Prix . fr. 9 00

Tome sixième, comprenant 1° les attributions
 des chambres du conseil et d'assises, et la
 procédure devant leur juridiction; 2° les tribu-
 naux de police; 3° les tribunaux de police
 correctionnelle. 1 volume in-8°. Prix fr. 8 00

SOUS PRESSE (la suite).

Tome septième du même traité, comprenant 1° la
 constitution de la Cour d'assises et du Jury;
 2° la procédure devant la Cour d'assises.
 1 volume in-8°. Prix . fr. 9 00

Tome huitième et dernier du même traité, compren-
 nant 1° les voies de recours contre les jugements
 et arrêts; 2° les règles qui se rattachent à leur
 exécution; 3° enfin, une table alphabé-
 tique des matières. 1 vol. in-8°. Prix . fr. 9 00

**DU DROIT DES RIVIERES ET DE LA PROPRIÉTÉ
 DES EAUX COURANTES ET DE LA VALLÉE
 ACTUELLE DES CONCESSIONS FÉODALES** —
 contenant l'exposé complet des institutions
 seigneuriales et le principe de toutes les solutions
 de droit qui se rattachent aux lois abolitives de la
 féodalité, par M. *Championnière*, avocat, auteur
 du *Traité* et du *Dictionnaire des droits d'enferme-
 tement*. 1 volume in-8°. Prix . fr. 9 00

PRINCIPALES DIVISIONS DE L'OUVRAGE

Du droit naturel. — Des législations étrangères. — Du
 droit romain. — Des droits seigneuriaux et de la

abolition de la féodalité. — Des droits appartenant aux seigneurs. — Des droits conventionnels. — Exposé historique de la justice et du fief. — De la paternité du fief et justice justicière et dans le fief. — De la maxime fief et justice n'ont rien de commun. — Des droits de fief et des droits de justice sous le régime et de leurs règles générales et respectives. — Des droits de fief et des droits de justice relativement aux personnes. — Des droits de fief et de justice à l'égard des choses. — Du droit de juger dans la justice et dans le fief. — Des abus de l'autorité seigneuriale et des droits qui s'y rattachent. — Du droit des rivières. — Des lois abolitives de la féodalité. — Des lois relatives à la Jurisprudence. — Des lois relatives à la

**TRAITÉ DE LA LÉGISLATION ET DE LA PRATIQUE
 DES COURS D'EAU.** par A. *DELLA*,
 procureur général à la Cour impériale de Rouen,
 troisième édition revue et considérablement
 augmentée, suivie d'un *Glossaire spécial des
 termes techniques de la matière*, comprenant la
 loi du 29 avril 1845, sur les irrigations,
 commentée par l'auteur du traité. 3 volumes
 in-8°. Prix . fr. 22 50

TITRES DES PRINCIPAUX CHAPITRES CONTENUS DANS CHAQUE VOLUME DE CETTE NOUVELLE ÉDITION

TOME PREMIER. Aperçu général de la législation sur
 les eaux. — Des rivières du domaine public. — Charges
 des fonds riverains. — Droits utiles des riverains.
 — Canaux de navigation. — Lois relatives à la police
 pénales. — Justice répressive.

TOME DEUXIÈME. Propriété des eaux. — Eaux
 navigables. — Eaux non navigables. — Eaux courantes.
 Droits utiles. — Eaux. — Eaux. — Eaux. — Eaux.
 — Pêche. — Droits de préservation. — Digue
 et plantations. — Servitudes légales. — Transmission
 des eaux sans dommage d'autrui. — Glossaire des
 termes techniques de la matière.

TOME TROISIÈME. Servitudes légales (continuation).
 — Droits de propriété associés des sources et
 puits, lacs, étangs et mares, canaux particuliers,
 fossés, cloaques et égouts, canaux d'irrigation, biefs
 des usines, aqueducs et égouts publics, de l'eau
 souterraine. — Loi du 29 avril 1845 sur les irrigations.
 — Table analytique des matières contenues dans
 les trois volumes.

ÉDITION DES LOIS RÉFORMATRICES DE 1845
ANALYSE DE LA LOI DE 1845. — *INSTRUMENT*
Y. (la loi). 2 volumes format C.
 Prix



